

UiO : **Det juridiske fakultet**

Lagmannsrettens plikt til å begrunne silingsavgjørelser i sivile saker

Kandidatnummer: 538

Leveringsfrist: 26.november 2012

Antall ord: 17 965



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Terminologi.....	3
2	TVISTELOVENS SYSTEM FOR SILING AV ANKER. INNFØRINGEN AV BEGRUNNELSESKRAVET	4
2.1	Innledning	4
2.2	Betydningen av at avgjørelsen treffes som beslutning	5
2.3	Straffesaker	8
2.3.1	Straffeprosessloven § 321	8
2.3.2	Uttalelsen fra FNs Menneskerettighetskomité	9
2.3.3	Storkammerkjennelsen i Rt. 2008 s. 1764	10
2.4	Sivile saker	11
2.4.1	Lovendringen	11
2.4.2	Storkammerkjennelsen i Rt. 2009 s. 1118	11
2.5	Kommentarer til rettskildebildet	14
3	BEGRUNNELSENS INNHOLD	16
3.1	Innledning	16
3.2	Sammenhengen med begrunnelseskrevet for straffesaker	17
3.3	Nærmere om begrunnelsens utforming	18
3.3.1	Twisteloven § 19-6 femte ledd – et utgangspunkt og en begrensning	18
3.3.2	Eksempler fra rettspraksis	19
3.4	Er begrunnelseskrevet tilfredsstillende i et rettssikkerhetsmessig perspektiv?	22
4	OVERPRØVING AV LAGMANNSRETTENS BESLUTNING OM Å NEKTE ANKEN FREMMET ETTER § 29-13 ANNET LEDD	24

4.1	Innledning	24
4.2	§ 29-13 femte ledd – et unntak fra hovedregelen om overprøving av beslutninger ...	24
4.3	Nærmere om hva som omfattes av uttrykket ”feil i saksbehandlingen”	26
4.3.1	Oversikt	26
4.3.2	Høyesteretts overprøving av lovtolkingspørsmålene. Forholdet til Grunnloven § 88.....	27
4.3.3	Høyesteretts overprøving av bevisspørsmålene	31
4.3.4	Virkningen av at det foreligger feil ved saksbehandlingen	33
4.4	Er det en god regel at Høyesteretts kompetanse er begrenset til feil ved saksbehandlingen?	34
5	SAKER ETTER § 29-13 FØRSTE LEDD.....	36
5.1	Innledning	36
5.2	Bestemmelsens anvendelsesområde	37
5.3	Nærmere om vilkåret i § 29-13 femte ledd. Når inntreer plikten til å begrunne beslutningen?	38
5.3.1	Oversikt	38
5.3.2	Verdifastsettelsen.....	39
5.3.3	Vurderingen av om samtykke skal gis.....	41
5.4	Høyesteretts kompetanse til å overprøve beslutningen.....	45
5.4.1	Lagmannsrettens vurdering av ankegjensstandens verdi	45
5.4.2	Lagmannsrettens vurdering av om samtykke skal gis	47
6	SAKER ETTER § 36-10 TREDJE LEDD.....	51
6.1	Innledning	51
6.2	Kravet til begrunnelse	52
6.3	Overprøving av lagmannsrettens beslutning om samtykke	55
6.3.1	Hvilken kompetanseregulering gjelder for Høyesterett?	55
6.3.2	Overprøving av lagmannsrettens kompetanse til å gi samtykke	57
6.3.3	Overprøving av lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering	59
6.4	Utsyn.....	63

KILDER.....	64
--------------------	-----------

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I sivile saker er lagmannsretten ankeinstans for avgjørelser av tingrettene og av domstoler som settes med enedommer eller bare har én fagdommer, jf. tvisteloven § 29-1 sammenholdt med § 4-1. Alle de tre avgjørelsesformene som tvisteloven og straffeprosessloven opererer med – dommer, kjennelser og beslutninger – er gjenstand for anke, jf. § 29-2 første ledd. Hvilken form som skal benyttes for de ulike typer avgjørelser, følger av § 19-1. Kort oppsummert kan man si at dommer er realitetsavgjørelser av tvistegjenstanden, beslutninger er hovedformen for avgjørelser om saksbehandlingen, mens kjennelser er mellomformen som dels brukes om viktige formalitetsavgjørelser og dels om midlertidige realitetsavgjørelser.¹

Sondringen mellom avgjørelsestypene har særlig betydning for kravene til begrunnelse og adgangen til overprøving. Det følger av tvisteloven § 19-6 fjerde ledd motsetningsvis at beslutninger som hovedregel ikke trenger å begrunnes, og det er derfor en begrenset mulighet for overprøving.² Likevel er det antatt at manglende begrunnelse for beslutninger unntaksvis kan bli ansett som en saksbehandlingsfeil som må føre til opphevelse.³

I storkammerkjennelsen inntatt i Rt. 2009 s. 1118, kom Høyesterett under dissens (9-2) til at manglende begrunnelse ved lagmannsrettens beslutning om å nekte anken fremmet etter § 29-13 annet ledd, i sin alminnelighet innebar en saksbehandlingsfeil som måtte føre til

¹ Slik også Bårdsen og Nordén (2008) s. 20.

² Av § 29-3 tredje ledd følger det at ankegrunnen ikke kan være annet enn at retten har tatt feil av sin kompetanse, eller at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller åpenbart urimelig, jf. også Robberstad (2009) s. 306. Om hvordan dette er forstått i praksis, se kapittel 4.2 nedenfor.

³ Se NOU 2001: 32 s. 579. Dette ble også lagt til grunn i Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 48, og fulgt opp i Rt. 2009 s. 1164 avsnitt 24.

opphevelse av beslutningen. Ved lov av 10. desember 2010 nr. 76, endret Stortinget § 29-13 femte ledd i samsvar med Høyesteretts avgjørelse. Bestemmelsen har i dag følgende ordlyd:

”Avgjørelse etter første og annet ledd treffes ved beslutning uten muntlig forhandling. Beslutning etter første ledd skal være begrunnet når særlige grunner tilsier det. Nektelse etter annet ledd krever enstemmighet og skal være begrunnet. Beslutningen kan bare ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen. At en anke ikke er nektet fremmet etter annet ledd, kan ikke ankes eller brukes som ankegrunn.”

Temaet for avhandlingen er å redegjøre for de nye reglene om begrunnelse av lagmannsrettens beslutninger om ankesiling. Tvisteloven skiller mellom to ulike ordninger for dette. Etter § 29-13 annet ledd er utgangspunktet at det gjelder en ankerett – likevel slik at lagmannsretten kan beslutte å nekte anken fremmet dersom den *”klart (...) ikke vil føre frem”*. Hovedtyngden av avhandlingen vil rette seg mot beslutninger av denne typen. Tvisteloven inneholder også bestemmelser om siling i form av anketillatelser, det vil si at fremme av anken er betinget av lagmannsrettens samtykke. Dette gjelder for anker hvor tvistegjensstandens verdi er mindre enn 125 000 kroner, jf. § 29-13 første ledd, og for anker over tvangsvedtak etter barnevernloven, jf. § 36-10 tredje ledd. Jeg vil også behandle lagmannsrettens beslutninger etter disse bestemmelsene.

Avhandlingen er nærmere disponert slik at jeg i kapittel 2 først redegjør for tvistelovens system for ankesiling og bakgrunnen for at kravet om begrunnelse oppsto. Deretter vil jeg i kapittel 3 se nærmere på begrunnelsens innhold, som henger sammen med drøftelsen om overprøving av lagmannsrettens beslutning i kapittel 4. Videre omhandler kapittel 5 begrunnelseskravet ved beslutninger om anketillatelse etter § 29-13 første ledd, og kapittel 6 tilsvarende for saker etter § 36-10 tredje ledd.

Drøftelsene foretas i tråd med alminnelig rettskildelære – følgelig tillegges både lovtekst, forarbeider og rettspraksis vekt. Oppgavens tema er imidlertid også egnet til å illustrere det

samspill og spenningsforhold mellom rettskildene som kjennetegner den moderne rettsutvikling. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i kapittel 2.5.

1.2 Terminologi

I avhandlingens tittel og tema slik det er presentert ovenfor, er uttrykket *ankesiling* brukt i vid forstand, slik at det er ment å omfatte både beslutningen om (ikke) å gi samtykke til å fremme anken, og beslutningen om at anken nektes fremmet. Ettersom de ulike ordningene får betydning for den videre redegjørelse, finner jeg grunn til å presisere terminologibruken.

Med mindre annet fremgår av sammenhengen, vil jeg i det følgende benytte uttrykket *ankenektelse* i relasjon til beslutninger etter § 29-13 annet ledd, hvor lagmannsretten på bakgrunn av en forenklet prøving av sakens realitet finner at anken klart ikke kan føre frem.⁴ Med *anketillatelse* tar jeg sikte på de tilfeller hvor behandling av anken er betinget av lagmannsrettens samtykke, slik det gjelder for saker som faller inn under § 29-13 første ledd og § 36-10 tredje ledd. Jeg bemerker at drøftelsen av denne type beslutninger hovedsakelig vil rette seg mot de tilfeller hvor det *ikke* er gitt tillatelse, men at jeg også vil behandle hvorvidt det kan ankes over beslutningen om å gi slik tillatelse.⁵

⁴ Se også Skoghøy (2010) s. 110.

⁵ Se 5.4.2 og 6.3.3 nedenfor.

2 Tvistelovens system for siling av anker. Innføringen av begrunnelseskravet

2.1 Innledning

Tvisteloven § 29-13 annet ledd har følgende ordlyd:

”Anke over dom kan nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. En nektelse kan begrenses til enkelte krav eller ankegrunner.”

Bestemmelsen regulerer siling av anke over dom.⁶ Utgangspunktet er at det gjelder en alminnelig ankeadgang, men lagmannsretten har likevel en mulighet til å nekte anken fremmet når den finner det *”klart at anken ikke vil føre fram”*. Vilkåret skal tolkes strengt, og det fremgår av forarbeidene at silingen krever en høy grad av sikkerhet for at tingrettens resultat ville blitt stående ved en eventuell ankebehandling.⁷ Dersom det er tvil om hvilke utsikter en anke har til å føre frem, skal anken altså tillates fremmet. Finner lagmannsretten derimot at vilkåret er oppfylt, vil tingrettens dom bli stående – likevel slik at anken ikke *må* nektes fremmet selv om retten finner det klart at anken ikke vil føre frem. Sistnevnte er særlig aktuelt hvor saken reiser prinsipielle spørsmål, og har derfor sammenheng med Høyesteretts overprøvingsadgang, se kapittel 4 nedenfor.

Tvisteloven § 29-13 femte ledd krever at lagmannsrettens nektelsesbeslutninger etter annet ledd skal begrunnes. Dette ble inntatt ved lovendringen av 2010, og bygget på at Høyeste-

⁶ Anke over kjennelse og beslutning følger utgangspunktet om alminnelig ankeadgang i § 29-2 første ledd, men disse avgjøres normalt etter skriftlig behandling, jf. § 29-15. Det er derfor ikke behov for noen silingsregel, jf. NOU 2001 : 32 s. 779.

⁷ Se NOU 2001: 32 s. 778.

rett i henholdsvis Rt. 2008 s. 1764 og Rt. 2009 s. 1118 konkluderte med at det måtte gjelde et krav om begrunnelse ved ankenektelse både for straffesaker og sivile saker.⁸

Temaet i det følgende er hvorfor lovgiver og Høyesterett fant grunn til å endre det opprinnelige synet på kravet til begrunnelse i sivile saker. Jeg vil derfor først redegjøre for årsakene til at lovgiver ved vedtakelsen av tvisteloven valgte avgjørelsesformen beslutning, og deretter for hvordan Høyesterett kommer til at det må gjelde et krav til begrunnelse ved silingsavgjørelser. Ettersom Høyesteretts flertall i 2009-kjennelsen begrunnet plikten ved å vise til sammenhengen mellom tvisteloven og straffeprosesslovens regler om anke, vil det være naturlig å først se hen til den tilsvarende ordning for ankesiling i straffeprosessen og innføringen av begrunnelseskravet ved storkammerkjennelsen i Rt. 2008 s. 1764. Til sist vil jeg knytte noen bemerkninger til det særpregete rettskildebildet.

2.2 Betydningen av at avgjørelsen treffes som beslutning

Det fremgår av § 29-13 femte ledd, at avgjørelsen om ankesiling skal treffes uten muntlig forhandling. Saken blir dermed avgjort etter skriftlig behandling, og derfor etter en vesentlig enklere saksbehandling enn om anken hadde vært behandlet og avgjort etter lovens normalordning for anke over dommer. Spørsmålet er om anken vil kunne føre frem – selvsilingen beror altså på en realitetsvurdering av anken. En nektelse krever enstemmighet, og kan bare foretas etter at partene er varslet og har fått anledning til å uttale seg. Til tross for at tvisteloven gjennomgående benytter dom eller kjennelse om avgjørelser som omhandler sakens realitet, ble det for avgjørelser om ankesiling vedtatt at disse skal treffes ved beslutning – med den konsekvens at det som utgangspunkt ikke kreves begrunnelse. En slik ordning ligger i et spenningsforhold til tvistelovens formålsbestemmelse i § 1-1 annet ledd

⁸ Spørsmålet om å begrunne ankenektelser også i sivile saker ble riktignok sendt ut på høring *før* Høyesterett avsa kjennelsen i Rt. 2009 s. 1118, men departementet ga uttrykk for at et slikt lovforslag ville avhenge av resultatet i storkammerkjennelsen, se Justisdepartementets høringsnotat av mai 2009 s. 11.

sjette strekpunkt om at ”*viktige avgjørelser [skal] begrunnes*”.⁹ Likevel var det antatt at hensynet til forsvarlig saksbehandling og god dommerskikk i enkelte tilfeller kunne medføre at beslutningen måtte begrunnes.¹⁰

Mye tyder på at beslutningsformen ble valgt nettopp fordi man ønsket å gå klar av kravet til begrunnelse. Formålet med innføringen av silingsregelen var å stanse de håpløse ankene før det påløper ytterligere kostnader, både for partene og rettssystemet generelt – den skulle innebære en effektivisering av rettspleien.¹¹ Silingsregelen tok dermed sikte på å ramme de anker som åpenbart ikke har noe for seg, noe som støttes av at vilkåret i § 29-13 annet ledd skal tolkes snevert. Et slikt proporsjonalitetshensyn ble av Tvistemålsutvalget ansett å være en av grunnpilarene i sivilprosessreformen, og har dessuten kommet til uttrykk i tvistelovens formålsbestemmelse i § 1-1 annet ledd fjerde strekpunkt, hvor det heter at ”*saksbehandling og kostnadene [skal] stå i et rimelig forhold til sakens betydning*”. Dette harmonerer med at man ikke skulle behøve å bruke ressurser på å begrunne nektelsesbeslutningen for de sakene som åpenbart ikke ville fått noe annet resultat etter en ankebehandling i lagmannsretten.

Mothensynet som gjorde seg gjeldende, og som et mindretall av Tvistemålsutvalget la vekt på ved sin innvending mot å innføre nektelsesregelen, var hensynet til den rettssikkerhetsgaranti som ligger i adgangen til å få saken prøvd av en overordnet instans. Motforestillingen har sammenheng med at beslutningen om ankesiling skjer på bakgrunn av en skriftlig og forenklet behandling. Også enkelte av høringsinstansene tiltrådte dette synspunktet.¹² Departementet sluttet seg imidlertid til utvalgets flertall, og fremholdt blant annet at det å

⁹ Dette vektlegges av førstvoterende i Rt. 2009 s. 1118, se 2.4 nedenfor.

¹⁰ Se NOU 2001: 32 s. 579 og Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 48.

¹¹ Se NOU 2001: 32 s. 778, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 297 og Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) s. 39.

¹² I tillegg til utvalgets mindretall på to medlemmer, var også Høyesterett, Advokatforeningen og Dommerforeningen imot forslaget om å innføre silingsordningen i § 29-13 annet ledd, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 296.

nekte en anke fremmet etter § 29-13 annet ledd innebærer at lagmannsretten likevel foretar *en viss* realitetsprøving, samt at en ubegrenset rett til overprøving også vil kunne motvirke rettssikkerheten og en effektiv rettspleie.¹³

I forarbeidene til tvisteloven ble også parallelliteten til silingsregelen i straffeprosessloven § 321 annet ledd vektlagt. Forslaget om å nekte anker som klart ikke kan føre frem kom til fordi tilsvarende silingsregel var innført for straffesaker ved to-instansreformen i 1993.¹⁴ Det lot seg ikke begrunne at lagmannsretten i alvorlige straffesaker skulle ha anledning til å stoppe en anke gjennom nektelse, men at det ikke skulle være adgang til dette i sivile saker.¹⁵ Og når silingsregelen i § 321 hadde beslutning som avgjørelsesform, var det naturlig at dette også ble tilfellet for de sivile sakene.

Videre var det av betydning at beslutningsformen ville medføre en begrensning i Høyesteretts kompetanse til å overprøve nektelsesbeslutningen. Sammenlignet med den alminnelige regel om anke over beslutninger i § 29-3 tredje ledd, er kompetansen innskrenket fra å gjelde sakens realitet, og samtidig utvidet til å omfatte lagmannsrettens saksbehandling i sin helhet. Dette var også i samsvar med ordningen i straffeprosessloven § 321 annet ledd. Følgelig sparte man Høyesteretts ankeutvalg fra den ressursbruken det ville krevd å ta stilling til saker som sjelden hadde hatt noen betydning utenfor det konkrete tilfellet, og som ellers aldri ville ha nådd Høyesterett for en vurdering av sakens tvistegjenstand.¹⁶ En slik begrensning i ankeadgangen er dermed også i harmoni med det proporsjonalitetsprinsipp som fremgår ovenfor, og tvistelovens øvrige system med hensyn til Høyesteretts rolle som prejudikatsdomstol.

¹³ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 296-297.

¹⁴ Se nærmere kapittel 3.2 nedenfor.

¹⁵ Se flertallets uttalelse i NOU 2001: 32 s. 778, som legges til grunn i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 296 flg.

¹⁶ Se NOU 2001: 32 s. 779.

2.3 Straffesaker

2.3.1 Straffeprosessloven § 321

Reglene om siling av anke over dom i straffesaker ble til ved to-instansreformen av 1993.¹⁷ Fram til lovendringens ikrafttredelse i 1995, hadde man hatt et annet system for domstolsbehandlingen i straffesaker, og følgelig også andre regler for ankeadgangen. Lagmannsretten var da førsteinstans i de tilfeller hvor strafferammen var på seks års fengsel eller mer. For de øvrige straffesakene var by- og herredsretten (tingretten) førsteinstans, med mulighet for en fullstendig fornyet behandling i lagmannsretten.¹⁸ Ved to-instansreformen ble by- og herredsretten gjort til førsteinstans for alle straffesaker, og lagmannsretten til anneninstans, dog med en viss mulighet til å avskjære ankene gjennom siling etter § 321.¹⁹

Denne bestemmelsen sonderer mellom siling i form av anketillatelse og ankenektelse, på tilsvarende måte som tvisteloven § 29-13. For anke over dom hvor det kun er idømt bot, inndragning eller tap av retten til å føre motorvogn mv., er regelen at lagmannsretten må samtykke til behandling av anken, jf. første ledd. Saker med en strafferamme på seks år eller mer, skal som utgangspunkt alltid tillates fremmet til behandling, jf. tredje ledd. De resterende saker kan etter annet ledd nektes fremmet *”når retten finner det klart at anken ikke vil føre frem”*.

Silingsavgjørelsen etter annet ledd tas ved beslutning, og lovens ordning er, på samme måte som etter tvisteloven, at beslutninger som hovedregel ikke behøver å begrunnes jf. straffeprosessloven § 53. Ved endringsloven av 2010, som kom på bakgrunn av storkammerkjennelsene i 2008 og 2009, ble det imidlertid inntatt et krav om begrunnelse i § 321 femte ledd. For straffesakene var årsaken til dette at ordningen ble funnet å være i strid med Norges menneskerettslige forpliktelser, jf. straks nedenfor.

¹⁷ Jf. endringslov til straffeprosessloven (1993) § 321.

¹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) s. 13 flg.

¹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 78 (1992-1993) s. 5-6.

2.3.2 Uttalelsen fra FNs Menneskerettighetskomité

FNs menneskerettighetskomité (Human Rights Committee) kom ved sin avgjørelse av 17. juli 2008 – den såkalte Restauratørsaken – til at manglende begrunnelse ved beslutningen om å nekte anken fremmet innebar brudd på konvensjonen om Sivile og Politiske Rettigheter (SP) art. 14 nr. 5.²⁰ Det heter her at:

”Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law”.

Bestemmelsen fastsetter retten til overprøving i straffesaker, både hva gjelder domfellelsen og straffutmålingen. Gjennom vedtakelsen av menneskerettsloven er konvensjonen ikke bare gjort til norsk lov, den er ved motstrid også gitt forrang foran bestemmelser i annen norsk lovgivning.²¹

Klageren i Restauratørsaken var i tingretten domfelt for bedrageri og overtredelse av merverdiavgiftsloven og regnskapsloven, og anken til lagmannsretten ble nektet fremmet. Overfor Komiteen hevdet han at lagmannsrettens manglende begrunnelse ved beslutningen om å nekte anken fremmet, annet enn en henvisning til at man fant det *”klart at anken ikke vil føre frem”*, gjorde det uvisst om retten hadde foretatt en slik fullstendig overprøving av anken som følger av art. 14 nr. 5.

Komiteens flertall ga klageren medhold og uttalte at selv om det er opp til de enkelte stater å fastsette rammene for selve ankeadgangen, så har man etter art. 14 nr. 5 like fullt en plikt til å sikre adgangen til en fullstendig overprøving av domfellelsen og straffutmålingen. Manglende begrunnelse for hvorfor retten fant det klart at anken ikke ville føre frem, var

²⁰ Mr. ”Restauratør NN” v. Norway 1542/2007.

²¹ Se menneskerettsloven §§ 2 og 3.

egnet til å så tvil om det faktisk hadde funnet sted en full gjennomgang av domfellelsen og straffutmålingen. Dette medførte etter Komiteens syn at Norge hindret en effektiv gjennomføring av konvensjonens rett til ankeadgang.

2.3.3 Storkammerkjennelsen i Rt. 2008 s. 1764

Komiteens uttalelse i Restauratørsaken fikk betydning for resultatet i storkammerkjennelsen inntatt i Rt. 2008 s. 1764. Denne regnes som prejudikatet for lagmannsrettens plikt til å begrunne silingsavgjørelser i straffesaker. Det ble også samme dag avsagt ytterligere to storkammerkjennelser som omhandlet spørsmålet om rekkevidden av Restauratørsaken.²² Disse vil imidlertid ikke bli nærmere omtalt her, ettersom det er Rt. 2008 s. 1764 som gir den generelle avklaringen av de rettslige spørsmålene.

Tiltalte i saken var i tingretten dømt for en rekke tilfeller av økonomisk kriminalitet. Hans anke til lagmannsretten ble nektet fremmet i medhold av straffeprosessloven § 321 annet ledd, og beslutningen inneholdt ingen begrunnelse ut over det at lagmannsretten enstemmig hadde funnet det klart at anken ikke ville føre frem. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt lagmannsrettens nektelsesbeslutning skulle ha vært begrunnet. Sentralt ved vurderingen var om et slikt krav måtte sies å følge av SP art. 14 nr. 5.

Høyesterett la Menneskerettighetskomiteens fortolkning av konvensjonsbestemmelsen i Restauratørsaken til grunn, og kom enstemmig til at det av denne følger en regel om at alle nektelsesavgjørelser ved siling av anker skal begrunnes – til tross for at lovgiver i forarbeidene til to-instansreformen hadde tatt et overveid standpunkt om at slik begrunnelse ikke behøvdes. Selv om Komiteens uttalelser ikke er rettslig bindende for Norge, fant Høyesterett at dens tolkning av konvensjonsteksten måtte ha *”betydelig vekt som rettskilde”*.²³

²² Se Rt. 2008 s. 1783 og Rt. 2008 s. 1786.

²³ Se avsnitt 81.

Når det så ble konstatert motstrid mellom straffeprosessloven § 321 og SP art. 14 nr. 5, ble sistnevnte regel i henhold til menneskerettsloven § 3 gitt forrang.

2.4 Sivile saker

2.4.1 Lovendringen

Ettersom begrunnelseskravet for sivile saker nå er lovfestet i § 29-13 femte ledd, er det klart at dette er å anse som gjeldende rett. Som nevnt innledningsvis vil det likevel ha betydning å redegjøre for årsaken til endringen i rettstilstanden, ettersom lovfestingen av begrunnelseskravet har sammenheng med Høyesteretts konklusjon i Rt. 2009 s. 1118. Anførelene for Høyesterett var at det fulgte et krav til begrunnelse av Grunnloven § 88, menneskerettighetene, og av tvistelovens grunnforutsetning om forsvarlig saksbehandling.

2.4.2 Storkammerkjennelsen i Rt. 2009 s. 1118

Saken for tingretten gjaldt tvist om utbetaling av pengekrav og erstatning. Tingrettens dom gikk i disfavør av et aksjeselskap og en aksjonær, og begge anket dommen til lagmannsretten. Ankene ble imidlertid nektet fremmet etter § 29-13 annet ledd. Lagmannsretten ga ingen begrunnelse utover en henvisning til lovens vilkår om at man fant det klart at disse ikke ville føre fram, og de ankende parter mente at retten da ikke hadde foretatt en reell vurdering av ankene over tingrettens dom. De anket derfor nektelsesbeslutningene videre til Høyesterett på grunnlag av feil ved lagmannsrettens saksbehandling. På grunn av det prinsipielle spørsmålet sakene reiste, ble ankene behandlet i sammenheng etter reglene for anke over dommer, og retten ble satt i storkammer.²⁴ Hovedspørsmålet i saken var hvorvidt beslutningen om å nekte anken fremmet skulle ha vært begrunnet.

²⁴ Jf. domstolloven § 5 fjerde ledd.

Førstvoterende – dommer Bårdsen – går ikke inn på forholdet til menneskerettighetene, men konkluderer på vegne av flertallet med at både systembetragtninger og klare lovgiverforutsetninger tilsier at nektelsesbeslutninger etter § 29-13 annet ledd må begrunnes. Anførselen som knyttet seg til Grunnloven § 88 fikk etter flertallets oppfatning betydning for Høyesteretts kompetanse til overprøving, som det vil fremgå av kapittel 4 nedenfor.

Systembetragtningene knyttet seg til at de hensyn og formål som ligger bak kravet om å begrunne nektelsesbeslutninger i straffesaker også gjør seg gjeldende i sivile saker; nemlig å *”sikre og vise at alle relevante punkter i anken er overveid”*, slik det fremgår av Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 96. I tillegg ble det vektlagt at det i plenumsdommen inntatt i Rt. 2009 s. 750 – som omhandlet spørsmålet om juryen i straffesaker må begrunne sine avgjørelser om skyldspørsmålet – uttales generelt om begrunnelser at de er ment å *”sikre en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvbarhet og en effektiv rett til overprøving”*.²⁵ Dette fikk etter flertallets syn i storkammerkjennelsen *”direkte overføringsverdi til sivile saker, herunder for de tilfeller der tvistekravet realitetsavgjøres etter en forenklet saksbehandling”* – som er tilfellet ved ankenektelser.²⁶

Lovgiverbetragtningene knyttet seg til at Tvistemålsutvalget, med tilslutning av både departementet og Justiskomiteen, forutsatte at det med hensyn til rettssikkerhetsgarantiene ved anker skulle være fullt samsvar mellom sivilprosessen og straffeprosessen. Førstvoterende uttaler på vegne av flertallet at med denne lovgiverforutsetning *”kan det etter mitt syn ikke være tvilsomt at om man allerede den gang hadde et generelt krav om begrunnelse for ankenektelser i straffesaker, så ville man også ha lovfestet et slikt krav for de sivile sakens del”*.²⁷ Til støtte for dette ble det også trukket frem at man for avgjørelser om anketillatelse skal gis etter § 29-13 første ledd, i praksis enkelte ganger hadde stilt krav om be-

²⁵ Se Rt. 2009 s. 750 avsnitt 35.

²⁶ Se avsnitt 51.

²⁷ Se avsnitt 56.

grunnelse av lagmannsrettens verdivurdering hvor hensynet til forsvarlig saksbehandling tilsa dette, samt at det i tvisteloven § 1-1 annet ledd sjette strekpunkt også er inntatt at *”viktige avgjørelser [skal] begrunnes”*.

To dommere – Skoghøy og Tjomsland – var enige i flertallets konklusjon, men hadde derimot en annen oppfatning om hvorfor det måtte gjelde et krav om begrunnelse ved nektelsesbeslutninger etter § 29-13 annet ledd. Det avgjørende for dem var at det av EMK art. 6 nr. 1 – som stiller krav om en rettferdig rettergang både for straffe- og sivile saker – fulgte at realitetsavgjørelser og viktigere prosessuelle avgjørelser må begrunnes, og at siling av anker etter § 29-13 annet ledd nettopp er å regne som realitetsavgjørelse av ankesaker. Etter deres oppfatning vil det være avgjørende forskjell på å gjøre ankebehandlingen avhengig av anketillatelse og av en full realitetsprøving, jf. henholdsvis § 29-13 første og annet ledd. Det som kjennetegner de førstnevnte tilfeller, såkalt *”leave to appeal”*, er at vurderingen av om det skal gis samtykke beror på en rekke momenter, hvorav utsikten til om anken vil føre frem kan være ett. Praksis fra EMD viste at man for slike tilfeller bare i enkelte tilfeller stilte krav om begrunnelse ved avgjørelsen. For ankesiling som er betinget av at lagmannsretten må ta stilling til utsiktene til om anken vil føre frem, mente de to dommerne at dette har en slik karakter av realitetsavgjørelse, at det da av sikker EMD-praksis følger et begrunnelseskrav.

Mindretallet – dommerne Endresen og Stabel – kom til at det ikke var en saksbehandlingsfeil at lagmannsrettens beslutning ikke var begrunnet. Etter deres oppfatning ga verken systembetraktninger eller den hypotetisk lovgivervilje tilstrekkelig grunnlag for å sette til side lovgivers valg om at avgjørelsesformen skulle være beslutning. Om forholdet til EMK mente mindretallet at det på bakgrunn av EMDs praksis ikke kunne utledes et alminnelig begrunnelseskrav av art. 6 nr. 1 – likevel slik at det kan tenkes å gjelde et slikt krav hvor *”omstendighetene i saken har vært slik at den manglende begrunnelse etter en konkret vur-*

*dering er funnet å skape tvil om hvorvidt ankedomstolen har forholdt seg til alle den ankende parts anførsler på en adekvat måte”.*²⁸

2.5 Kommentarer til rettskildebildet

Innføringen av kravet til begrunnelse for nektelsesavgjørelser etter § 29-13 annet ledd illustrerer samvirket mellom de ulike rettskilder og håndhevelsesorganer – både nasjonale og internasjonale.

Dette vises for det første gjennom avveiningen av hensynene som fører til flertallets konklusjon i storkammerkjennelsen. Plikten til å begrunne beslutningene er med på å svekke en av grunnpilarene i tvisteloven som forarbeidene fremhever; hensynet til proporsjonalitet mellom saksbehandlingen og kostnadene på den ene side, og sakens betydning på den annen side – slik det også er kommet til uttrykk i formålsbestemmelsen § 1-1 annet ledd fjerde strekpunkt. Dette hensynet måtte vike for hensynet til den hypotetiske lovgivervilje og systembetraktninger i form av ønsket om samsvar mellom sivil- og straffeprosessen.

Kjennelsen og lovendringen illustrerer dessuten samspillet mellom nasjonale og internasjonale rettskilder som man i stadig større grad ser i dag. Spørsmålet om å begrunne ankenektelser i sivile saker var Høyesterett tvunget å ta stilling til som følge av FNs menneskerettighetskomité's uttalelser om at dette for straffesaker var i strid med Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. Samtidig initierte lovgiver et mulig forslag om å innføre et slikt krav til begrunnelse – og gjorde dette avhengig av Høyesteretts resultat i storkammerkjennelsen i Rt. 2008 s. 1764. I Rt. 2009 s. 1118 forankrer flertallet begrunnelseskravet i nasjonale rettskilder, og tar ikke stilling til om dette ville ha fulgt av Norges internasjonale forpliktelser. Likevel kan man si at de internasjonale rettskildefaktorene indirekte trekkes frem

²⁸ Se kjennelsen avsnitt 96.

ved at det blir vist til begrunnelsen i Rt. 2008 s. 1764.²⁹ De to mindretallene i 2009-kjennelsen er uenige om det følger et krav om begrunnelse av EMK. Senere praksis fra Høyesteretts ankeutvalg viser imidlertid at det har vært antatt at det følger et slikt krav av EMK art. 6 nr. 1.³⁰ Dette har riktignok liten praktisk betydning i dag, når begrunnelseskra-
vet nå uansett følger av intern norsk rett.

Storkammerkjennelsen er også et klart eksempel på Høyesteretts rettsskapende virksomhet og forholdet til Stortingets funksjon som lovgiver. Tvistemålsreformen lar det ikke være tvilsomt at Høyesteretts hovedoppgaver er å bidra til rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling, hvilket storkammerkjennelsen også viser.³¹ Selv om dette ikke er første gangen Høyesterett har vært så åpenlyst rettsskapende, skiller denne saken seg ut ved at flertallets begrunnelse for resultatet bygger på den hypotetiske lovgivervilje om at det ville ha gjeldt et begrunnelseskra-
v i sivile saker dersom lovgiver ved vedtakelsen av tvisteloven hadde kjent til at tilsvarende gjelder for straffesaker.³² I forarbeidene til endringsloven av 2010 spiller lovgiver ballen over til Høyesterett ved å avvente resultatet i Rt. 2009 s. 1118, og lar forslaget om å innføre et begrunnelseskra-
v ved ankesiling i sivile saker avhenge av dette.³³ Et interessant rettskildemessig poeng i så henseende, er at lovgiver altså bygger begrunnelseskra-
vet på Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2009 s. 1118 – hvor Høyesteretts flertall igjen forankrer resultatet i lovgivers vilje. Som oppgaven her viser har Høyesterett, både i for- og etterkant av endringsloven måttet avgjøre også andre spørsmål med tilknytning til dette, og dermed i stor grad ledet an i rettsutviklingen.

²⁹ Se Andenæs og Kravik (2010) s. 588 flg.

³⁰ Se Skoghøy (2010) s. 115-116 med videre henvisning til Rt. 2009 s. 1233 og Rt. 2009 s. 1350.

³¹ Som det fremgår av NOU 2001:32 s. 363. I Ot.prp. nr. 51 på s. 302 bruker imidlertid departementet formuleringen ”rettsenhet, rettsavklaring og i noen grad rettsutvikling i samspill med de lovgivende myndigheter” (min kursivering).

³² Se Backer (2009) s. 450, som stiller seg sterkt kritisk til Høyesteretts begrunnelse for resultatet.

³³ Se Justisdepartementets høringsnotat av mai 2009 s. 11.

3 Begrunnelsens innhold

3.1 Innledning

En naturlig konsekvens av at det er etablert et begrunnelseskrav for beslutninger om å nekte anken fremmet for lagmannsretten, er at det samtidig må stilles visse minstekrav til begrunnelsens innhold. Ordlyden i § 29-13 femte ledd gir imidlertid ingen nærmere anvisning på hva som kreves av innholdet.

Som det fremgår av kapittelet ovenfor, legger flertallet i Rt. 2009 s. 1118 vekt på hvilke formål begrunnelseskravet for silingsavgjørelser er ment å oppfylle; både å vise at lagmannsretten reelt sett har foretatt en vurdering av ankens mulighet til å føre frem, og å gjøre Høyesterett i stand til å kontrollere dette. I storkammerkjennelsen fra 2008 gir førstvoterende uttrykk for hva som skal til for å vise at det er skjedd en reell overprøving. Det fremgår av avsnitt 104-106 at:

”Vanligvis må en slik begrunnelse kunne gjøres summarisk, det vil si i en kortfattet og sammentrengt form, knyttet til det som anføres i anken. (...)

Begrunnelsen må vise at de feil som påberopes ved tingrettens avgjørelse, er oppfattet, og hvorfor anken klart ikke vil føre fram. (...)

Kravet til begrunnelse vil måtte variere betydelig alt etter karakteren av den enkelte sak – fra begrunnelser på en eller to setninger, til noe mer utførlige vurderinger av rettslig eller faktisk art.”

Dette får etter flertallets syn i Rt. 2009 s. 1118 direkte anvendelse også for sivile saker.³⁴

³⁴ Se avsnitt 59, sammenholdt med 49.

Tilsvarende oppfatning er lagt til grunn i forarbeidene til endringsloven som lovfester begrunnelseskravet – det uttales her at begrunnelsen bør vise *”at det er skjedd en reell overprøving og at lagmannsretten har oppfattet og tatt stilling til de ankegrunner som er fremsatt”*.³⁵ Utover dette foreslår lovgiver ingen nærmere regulering av hvilke krav som må stilles innholdet, men lar det være opp til Høyesterett å fastlegge hva som konkret kreves av begrunnelsen.

Omfanget av rettspraksis fra sivilprosessen er noe begrenset. Det er for det første relativt sjeldent at en beslutning om å nekte anken fremmet i det hele tatt kommer på spissen – siliingsregelen i § 29-13 annet ledd er forbeholdt de håpløse ankene. Likevel; i de tilfeller hvor det faktisk foretas en slik siling, er begrunnelsen viktig for partene. Videre har hver enkelt anke som kommer inn til lagmannsretten sitt særpreg med hensyn til både faktum og juss, slik at det av denne grunn bare vil kunne utledes enkelte hovedpunkter om hva som kreves av begrunnelsens utforming. Rettspraksis fra straffeprosessen vil imidlertid også kunne bidra å klarlegge det nærmere innholdet av begrunnelsen.

Innholdet får betydning for Høyesteretts overprøving av lagmannsrettens beslutning – dette behandles nærmere i kapittel 4 nedenfor.

3.2 Sammenhengen med begrunnelseskravet for straffesaker

Utgangspunktet må være at kravet til begrunnelsens innhold er det samme for sivile saker som for straffesaker, da det avgjørende i begge tilfeller er hvorvidt det faktisk er skjedd en reell og samvittighetsfull overprøving av det som anføres i anken. Likevel kan det tenkes at det ved Høyesteretts vurdering av om begrunnelsen er tilstrekkelig, vil gjøre seg gjeldende ulike hensyn i de to prosessformene. Grunnlaget lagmannsretten har ved silingen – bevis-

³⁵ Se Prop. 141 L (2009-2010) s. 143.

materialet – er gjerne mer omfattende i straffesakene fordi etterforskningsdokumentene, herunder politiforklaringene, er vedlagt anken. I tillegg har tingretten hatt et selvstendig ansvar for at saken er tilstrekkelig opplyst, jf. straffeprosessloven § 294. Ankesiling vil derfor kunne være vanskeligere – og ha et svakere grunnlag – i sivile saker, hvilket trekker i retning av at begrunnelseskravet ved nektelsesbeslutninger etter § 29-13 skjerpes. For det annet kan kravet til begrunnelsens innhold slå ulikt ut ved at det oftere kommer ufunderte anker i straffesaker; domfelte har gjerne mye å vinne og lite å tape på anke tingrettens dom. Dette taler for at Høyesterett her ikke stiller like strenge krav til begrunnelsen.³⁶

3.3 Nærmere om begrunnelsens utforming

3.3.1 Tvisteloven § 19-6 femte ledd – et utgangspunkt og en begrensning

Selv om det er gjort til Høyesteretts oppgave å fastlegge innholdet av begrunnelseskravet, knytter departementet likevel en bemerkning til det som fremgår av tvisteloven § 19-6 femte ledd om utforming og begrunnelse av rettslige avgjørelsers innhold. Om dommer og kjennelser heter det i siste punktum at *”(O)verordnede domstoler kan i sin begrunnelse henholde seg helt eller delvis til de underordnede domstolars begrunnelse i saken”*. I forarbeidene er det antatt at dette som utgangspunkt også vil være tilstrekkelig for lagmannsrettens beslutninger om å nekte anken fremmet.³⁷ Det kan dermed ikke stilles strengere krav til begrunnelsen ved beslutning om ankenektelser enn det som gjelder for dommer og kjennelser.

Samtidig – og nettopp fordi § 19-6 femte ledd bare er et utgangspunkt for beslutninger – ligger det her en yttergrense for hva som kan aksepteres. Lagmannsrettens henvisning til

³⁶ Se NOU 2001: 32 s. 780. Disse hensynene fremheves av Tvistemålsutvalgets mindretall for å vise betenkelighetene med å innføre silingsregelen for sivile saker.

³⁷ Se Prop. 141 L (2009-2010) s. 143.

tingrettens domsgrunner må gjøre det mulig å konstatere at det faktisk har skjedd en reell overprøving og at nye ankegrunner er oppfattet og tatt stilling til.³⁸ Dette understreker et naturlig, men viktig poeng; lagmannsretten kan ikke nøye seg med å vise til tingrettens dom når det som angripes ikke har vært vurdert av tingretten. Dersom lagmannsretten mener at en bevisanke klart ikke vil føre fram, må begrunnelsen vise at det nye beviset har vært tatt i betraktning. I dette ligger at såkalte standardbegrunnelser – som i og for seg, og uten noen endring kunne vært brukt på enhver ankenektelse – ikke er tilstrekkelige.³⁹

Vurderingstemaet for om begrunnelsen er tilfredsstillende, må være hvorvidt det er mulig å lese av begrunnelsen at lagmannsretten har satt seg inn i og vurdert den konkrete saken. Slik ser man at det er av betydning for begrunnelsens innhold hva som fremgår av tingrettens dom – herunder om premissene er tynne og uklare – og av anken til lagmannsretten. Dette kommer særlig på spissen for anke over tingrettens saksbehandling; her vil det per definisjon ikke være tilstrekkelig å vise til tingrettens dom. Tilsvarende gjelder også for anke over bevisbedømmelsen hvor det som påberopes ikke er behandlet i tingretten.

3.3.2 Eksempler fra rettspraksis

De begrensninger som er nevnt i forrige avsnitt, er utledet av begrunnelseskravet for straffesaker. Av rettspraksis kan det utledes noen nærmere presiseringer.

Selv om lagmannsretten ved ankenektelsen ikke kan anvende såkalte standardbegrunnelser, er det likevel ikke påkrevd å omtale samtlige detaljer som fremheves i ankeerklæringen, jf. Rt. 2010 s. 987. I tillegg synes det som at en ren henvisning til tingrettens dom vil kunne aksepteres såfremt en ytterligere begrunnelse fremstår som *”overflødig eller klart unødvendig”*, jf. Rt. 2009 s. 833.⁴⁰

³⁸ Se Prop. 141 L s. 143.

³⁹ Se bl.a. Rt. 2009 s. 946 og Rt. 2010 s. 987.

⁴⁰ Slik også Rt. 2012 s. 1252 og Rt. 2012 s. 855, jf. 6.3.3 nedenfor.

Betydningen av tingrettens domsgrunner og ankeerklæringen fremgår tydelig av Rt. 2009 s. 1002, hvor utvalget uttaler at *”de krav som settes til lagmannsrettens begrunnelse, vil måtte avpasses etter hva som gjøres gjeldende i anken vurdert i forhold til tingrettens domsgrunner”*. Likevel; såfremt lagmannsretten har gitt en selvstendig og holdbar begrunnelse for det som fremsettes i anken, har den ikke plikt til også å kommentere tingrettens begrunnelse på dette punkt, jf. HR-2010-1187-U.

De hovedtrekk som nå er nevnt, vil i utgangspunktet også gjøre seg gjeldende for sivile saker, jf. 3.2 ovenfor. Kjennelsen inntatt i Rt. 2011 s. 1112 tjener som eksempel både på at en standardbegrunnelse ikke er tilstrekkelig, og at nye omstendigheter i saken virker skjerpene på begrunnelsen. I anken til lagmannsretten var det påberopt en ny anførsel og et nytt vitne – det vil si at det ikke var tilstrekkelig å kun henholde seg til tingrettens dom. Lagmannsretten hadde imidlertid tilføyd at den hadde *”vurdert ankegrunnene, slik disse er gjengitt i anken, herunder det nye bevisbildet for lagmannsretten”*. Høyesteretts ankeutvalg kom til at det her likevel ikke var mulig å konstatere om lagmannsretten hadde foretatt en reell prøving av den konkrete saken. Med hensyn til anførselen, burde lagmannsretten ha kommentert hvordan denne ble vurdert. Heller ikke den generelle henvisningen til at det nye bevisstilbudet var vurdert, ble ansett tilstrekkelig – det burde ha fremgått hvorfor retten mente at det nye vitnet ikke kunne endre utfallet av saken. Ankeutvalget opphevet dermed lagmannsrettens nektelsesbeslutning.

Et annet eksempel på opphevelse gir Rt. 2011 s. 1291. Her hadde lagmannsretten gitt en konkret begrunnelse for hvorfor den mente tingrettens dom var riktig, men Høyesterett fant det ikke *”innlysende hva lagmannsretten mener”*.⁴¹ Hensynet til etterprøvbarheten var da ikke ivaretatt. Avgjørelsen understreker for så vidt et nokså selvsagt poeng, men den er dessuten egnet til å vise at Høyesteretts overprøving av forsvarligheten i praksis går tett

⁴¹ Se avsnitt 21

opp mot prøvingen av lagmannsrettens rettsanvendelse, da den nærmest indikerer at retten har tatt feil av jussen – se nærmere om Høyesteretts prøving i kapittel 4 nedenfor.

Et eksempel i motsatt retning gir Rt. 2009 s. 1233. Her hadde lagmannsretten utover å henvise til tingrettens domspremisser, kun gitt en kort begrunnelse for hvorfor anken ikke kunne føre frem. Det avgjørende for at beslutningen ikke ble opphevet, var at tingrettens utførlige domspremisser og de anførsler som var gjort gjeldende i anken ikke gjorde det nødvendig med ytterligere begrunnelse. Den rettslige problemstilling i saken var enkel, og begrunnelsen viste at lagmannsretten hadde satt seg inn i den konkrete saken. Hensynet til etterprøvbarhet var også ivaretatt, idet tilslutningen til tingrettens dom gjorde det klart hva lagmannsretten hadde bygd sin vurdering på.⁴²

Oppsummeringsvis kan det altså legges til grunn at lagmannsretten kan vise til tingrettens begrunnelse, såfremt det likevel er mulig å se at retten har tatt stilling til den konkrete saken. Kravet skjerpes altså hvor det i anken påpekes omstendigheter som ikke har vært behandlet av tingretten, og hvor tingrettens domspremisser er mindre grundige. Det avgjørende må til syvende og sist være om begrunnelsen oppfyller hensynet til å sikre en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvbarhet og en effektiv rett til overprøving.⁴³ Som praksis her viser, vil en begrunnelse som ikke tilfredsstillter kravene innebærer en saksbehandlingsfeil føre til opphevelse av lagmannsrettens beslutning – se kapittel 4.3.4 nedenfor.

⁴² Se avsnitt 24.

⁴³ Se Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 51

3.4 Er begrunnelseskravet tilfredsstillende i et rettssikkerhetsmessig perspektiv?

Det kan knyttes en betenkelighet til at lagmannsretten ved silingen i utgangspunktet kan nøye seg med å vise til tingrettens begrunnelse i saken.⁴⁴ En slik løsning innebærer at tingrettens bevisvurdering slik den fremgår av domspremissene, ubetinget legges til grunn. Ettersom hovedregelen er at bevisføringen skjer umiddelbart for den dømmende rett, jf. tvisteloven § 9-14 første ledd og § 21-9 – og det kun i unntakstilfelle foretas bevissikring i form av bevisopptak – vil lagmannsretten være avhengig av at tingrettens dom gir uttrykk for en korrekt gjengivelse av bevisbildet slik det kom frem under hovedforhandlingen. Tingrettens dommer kan være preget av sitt syn på resultatet når han eller hun skriver domspremissene, hvilket igjen kan føre til en skjev fremstilling av bevisene – og i ytterste konsekvens resultere i en materielt uriktig dom. Dette vil lagmannsretten ved silingen ikke ha forutsetninger for å oppdage, og det kan derfor stilles spørsmålstegn ved om dette er en heldig løsning i forhold til lagmannsrettens vurdering av utsiktene til om anken kan føre frem.⁴⁵ Likevel; silingsregelen er tross alt forbeholdt de håpløse ankene, og erfaringen tyder også på at regelen ikke brukes unødig.⁴⁶ De eventuelle betenkelighetene med hensyn til begrunnelseskravet rekker dermed neppe særlig langt. Dessuten vil det gjerne være lite rom for lagmannsretten å nekte anken fremmet dersom tingrettens bevisbedømmelse angripes – særlig der nytt bevisstoff trekkes inn.

En begrunnelse utover henvisningen til tingrettens dom vil riktignok også være nyttig av andre grunner. Den kan bidra til at partene lettere slår seg til ro med beslutningen, og til en økt tillitt til at lagmannsretten har foretatt en reell vurdering. Dette kan videre spare Høy-

⁴⁴ Se Staalesen (2012) s. 375 flg.

⁴⁵ Staalesen op.cit. går så langt som å si at de rettssikkerhetsmessige motforestillinger er så sterke at § 29-13 annet ledd bør oppheves, se s. 377.

⁴⁶ Se Nordby (2012) s. 11.

teretts ankeutvalg for ressurser i saker som enkelt kunne vært unngått, og som ellers ikke ville ha passert vilkårene for behandling i Høyesterett.⁴⁷

⁴⁷ Se Schei m.fl. (2007) s. 785-786 om de hensyn en begrunnelse generelt er ment å ivareta.

4 Overprøving av lagmannsrettens beslutning om å nekte anken fremmet etter § 29-13 annet ledd

4.1 Innledning

Høyesterett behandler i Rt. 2009 s. 1118 også spørsmålet om adgangen til å overprøve lagmannsrettens silingsbeslutning. Dette fordi begrunnelsen må utformes blant annet med det for øye at Høyesterett skal ha mulighet til å prøve lagmannsrettens saksbehandling.⁴⁸ Begrunnelsen har altså den funksjon at det skal være mulig for Høyesterett å kontrollere om lagmannsretten faktisk har foretatt en reell og samvittighetsfull prøving av muligheten for at anken kan føre frem, slik § 29-13 annet ledd gir anvisning på. Og i forlengelsen av dette har utstrekningen av overprøvingen betydning for hvor avgjørende lagmannsrettens begrunnelse er. Slik ser man at kravet til begrunnelse henger nøye sammen med Høyesteretts kompetanse.

4.2 § 29-13 femte ledd – et unntak fra hovedregelen om overprøving av beslutninger

Det fremgår av tvisteloven § 29-2 første ledd at beslutninger i utgangspunktet kan være gjenstand for overprøving, på samme måte som dommer og kjennelser. Av § 29-3 tredje ledd følger imidlertid sterke begrensninger med hensyn til hvilke ankegrunner som kan gjøres gjeldende. Her heter det at anke over beslutning bare kan grunnes på *”at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelse, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig”*. Gjennom en utvikling i rettspraksis er det lagt til grunn at det første alternativ ikke bare omfatter prøvingen av avgjørelsens art, men også dens innhold. I dette ligger at Høyesterett

⁴⁸ Som formulert i Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 105 og gjengitt av førstvoterende i Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 59.

kan prøve den generelle lovtolkningen fullt ut.⁴⁹ Etter bestemmelsens annet alternativ, har Høyesterett en snever mulighet til å kontrollere vilkårligheten av lagmannsrettens beslutning.⁵⁰ Det bemerkes at selv om reglene er plassert i tvisteloven kapittel 29 om anke til lagmannsretten, er de gitt tilsvarende anvendelse for anke til Høyesterett, jf. § 30-3.

Tvisteloven § 29-13 femte ledd fjerde punktum inneholder en særregel for anke over lagmannsrettens beslutning om å nekte en anke fremmet etter denne bestemmelses første eller annet ledd; her fremgår det at *”beslutningen kan bare ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen”*. En beslutning som tillater anken fremmet kan derimot ikke ankes. Regelen ble til på bakgrunn av ønsket om at overprøvingsadgangen i sivile ankesaker skulle samsvare med tilsvarende regel for nektelsesbeslutninger etter straffeprosessloven § 321 sjette ledd.⁵¹

Dersom § 29-13 femte ledd fjerde punktum leses i lys av § 29-3 tredje ledd, ser man at førstnevnte innebærer en utvidet overprøvingsadgang til også å gjelde feil ved saksbehandlingen, men samtidig også en innskrenking i muligheten til å gå inn på sakens realitet gjennom å prøve rimeligheten av beslutningen om ankenektelse.⁵² Forslaget om å gi § 29-3 tredje ledd tilsvarende anvendelse på anke over nektelsesbeslutninger ble forkastet i tvistelovens ikrafttredelsesproposisjon.⁵³ Departementet sluttet seg her til Høyesteretts og Regjeringsadvokatens motforestillinger i høringsuttalelsene, og fremhevet at Høyesteretts primære oppgave skal være å bidra til rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling. En overprø-

⁴⁹ Se Rt. 2011 s. 1469 avsnitt 7 med videre henvisninger, og Rt. 2012 s. 1433. I HR-2012-2081-U legger utvalget derimot den opprinnelige forståelse til grunn; at kompetansen er begrenset til lovforståelsen mht. hvilke avgjørelser retten kan treffe. Det er uklart hvorvidt dette er uttrykk for en uklar rettsstilstand eller bare en glipp, men det synes uansett ikke å være avgjørende for prøvingen i den konkrete saken.

⁵⁰ Se NOU 2001: 32 s. 769.

⁵¹ Se NOU 2001: 32 s. 779.

⁵² Se Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) s. 37.

⁵³ Se Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) s. 39.

vingsadgang etter hovedregelen i § 29-3 tredje ledd – hvor også rettsanvendelsen er omfattet – ville kunne føre til betydelig merarbeid for Høyesteretts ankeutvalg, og følgelig gå på bekostning av de nevnte hovedoppgavene. Denne betraktningen er også kommet til uttrykk gjennom silingsreglene for anke til Høyesterett, hvor anke over dommer krever samtykke og anke over kjennelser og beslutninger kan nektes fremmet, jf. § 30-4 og § 30-5.

4.3 Nærmere om hva som omfattes av uttrykket ”feil i saksbehandlingen”

4.3.1 Oversikt

Det kan ikke av § 29-13 femte ledd utledes noe nærmere om hva som omfattes av Høyesteretts kompetanse til å prøve saksbehandlingen. Førstvoterende i Rt. 2009 s. 1118 kommer imidlertid med følgende redegjørelse av dette:

*”Kompetansen til å prøve lagmannsrettens saksbehandling omfatter spørsmålet om det foreligger brudd på uttrykkelig fastsatte saksbehandlingsregler. Høyesterett kan fullt ut prøve rettsanvendelsen og bevisvurderingen som knytter seg til saksbehandlingsspørsmålet, og som er nødvendig for å avgjøre om det foreligger en saksbehandlingsfeil (...). Høyesterett kan også prøve om lagmannsrettens saksbehandling samlet sett – herunder skjønnsutøvelsen – har vært forsvarlig, jf. tvisteloven § 1-1 første ledd og EMK artikkel 6 nr. 1. Dette dekker også om det ut fra rettsspørsmålene i saken var forsvarlig av lagmannsretten å nekte anken (...). Høyesterett vil dessuten kunne prøve om bevisbildet for lagmannsretten tilsa at en fullt ut skriftlig og forenklet behandling kunne gi et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse kan Høyesterett ikke prøve”.*⁵⁴

⁵⁴ Se kjennelsen avsnitt 61 med de henvisninger til rettspraksis og forarbeider som gjøres der.

Som det fremgår av siste setning, legger Høyesterett til grunn at de ikke kan prøve rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen som knytter seg til selve avgjørelsen om å nekte anken fremmet, da dette ikke er en del av saksbehandlingen. Med rettsanvendelse siktes det her til subsumsjonen med hensyn til tvistekravet – anvendelsen av regelen på det foreliggende faktum.⁵⁵ Bevisbedømmelsen omfatter rettens vurdering og vekting av bevisene, slik det blant annet er kommet til uttrykk i tvisteloven § 21-2 første ledd.⁵⁶ For øvrig har Høyesterett full kompetanse til å overprøve lagmannsrettens beslutning.

Det innebærer for det første at Høyesterett kan prøve lagmannsrettens generelle lovtolking etter § 29-13 annet ledd – hvorvidt den har lagt til grunn en korrekt terskel ved vurderingen av om anken *”klart (...) ikke vil føre fram”* – fordi det vil ha betydning for lagmannsrettens kompetanse til å nekte anken fremmet, og dette hører under saksbehandlingen. Videre kan Høyesterett også prøve om lagmannsrettens saksbehandling samlet sett har vært forsvarlig. Det er denne siden av prøvingen som synes å være mest problematisk, idet grensen må trekkes mot det som hører under lagmannsrettens rettsanvendelse; rettens skjønnsmessige vurderinger kan ikke prøves.⁵⁷ Slik det fremgår av sitatet ovenfor, har forsvarlighetsvurderingen en side mot jussen og en side mot faktum. Disse behandles i henholdsvis 4.3.2 og 4.3.3 nedenfor.

4.3.2 Høyesteretts overprøving av lovtolkingsspørsmålene. Forholdet til Grunnloven § 88.

At lagmannsretten nekter en anke fremmet til behandling, medfører samtidig at saken avskjæres fra en eventuell behandling i Høyesterett. Det fremgår av Grunnloven § 88 første punktum at *”Høiesteret dømmer i sidste Instans”*, og denne må ses i lys av at Høyesteretts hovedoppgaver som nevnt først og fremst er å bidra til rettsenhet, rettsavklaring og rettsut-

⁵⁵ Se Eckhoff (2001) s. 32.

⁵⁶ Se Robberstad (2009) s. 220.

⁵⁷ Se Schei op. cit. s. 1313.

vikling.⁵⁸ Beslutningen om ankenektelse innebærer at lagmannsretten, hva gjelder rettsanvendelsen, i enkelte tilfeller kan få det siste og avgjørende ord i saken. En slik begrensning kunne tenkes å være problematisk i forhold til Grunnloven § 88.

Denne problemstillingen var gjenstand for behandling i Rt. 2009 s. 1118. En av anførselene var nettopp at lagmannsrettens manglende begrunnelse måtte være i strid med Grunnloven § 88, idet Høyesterett ikke hadde noen mulighet til å overprøve beslutningen og dermed ikke kunne dømme i siste instans. For førstvoterende fikk Høyesteretts kompetanse til overprøving betydning for hans syn på grunnlovsspørsmålet. Med støtte fra flertallet kommer han til at en ordning hvor lagmannsretten får siste ord for så vidt gjelder rettsanvendelsen ved realitetsavgjørelser står i et spenningsforhold til Grunnlovens forutsetning om at Høyesterett dømmer i siste instans, men at Grunnloven § 88 likevel ikke hjemler noe krav om at lagmannsrettens nektelsesbeslutninger må begrunnes. Deretter uttales følgende i avsnitt 74 og 75:

”Det ligger (...) ikke i det jeg har sagt at lagmannsrettens nektelsesbeslutninger må begrunnes, eller at Høyesterett må ha kompetanse til å prøve tingrettens og/eller lagmannsrettens rettsanvendelse. Også andre mekanismer kan sikre Høyesterett den nødvendige kontroll.

Jeg viser til det jeg tidligere sa om hvilken kompetanse Høyesterett har i anker over lagmannsrettens nektelsesbeslutninger, og understreker særlig at Høyesterett kan prøve om det ut fra rettsspørsmålene i saken var forsvarlig å nekte anken. Ved denne vurderingen vil det blant annet kunne legges vekt på om saken reiser grunnlovsspørsmål eller aktualiserer forholdet til Norges internasjonale forpliktelser, eller om hensynet til rettsenhet, rettsavklaring eller rettsutvikling tilsier at saken måtte

⁵⁸ Jf. Ot.prp. nr. 74 (2004-2005) s. 39.

fremmes for lagmannsretten med påfølgende ordinær ankeadgang til Høyesterett. Dette er etter mitt syn tilstrekkelig i forhold til Grunnloven § 88.”

Det som her slås fast er at det hører under Høyesteretts kompetanse til å prøve forsvarligheten av lagmannsrettens saksbehandling, også å prøve de generelle lovtolkningsspørsmål som måtte foreligge i den konkrete sak. Dersom ankeutvalget finner at rettsspørsmålene i saken har en slik karakter at det – tatt i betraktning Høyesteretts hovedoppgaver – burde vært åpnet for en eventuell behandling i tredje instans, kan altså lagmannsrettens nektelsesbeslutning oppheves på grunnlag av uforsvarlig saksbehandling. Sitatet viser at Høyesterett langt på vei vil kunne ta stilling til skjønnsutøvelsen, uten å måtte gå inn på lagmannsrettens konkrete rettsanvendelse, og at en slik løsning er tilstrekkelig i forhold til Grunnloven § 88.

Dommerne Skoghøy og Tjomsland gir i storkammerkjennelsen uttrykk for en annen oppfatning av grunnlovsspørsmålet. De kommer til at det i prinsippet *er* et problem i forhold til § 88 at Høyesteretts ankeutvalg ikke kan prøve annet enn lagmannsrettens saksbehandling, men at spenningen utviskes som følge av at Høyesterett reelt sett ikke har latt seg stoppe av denne begrensningen.⁵⁹ Som illustrasjon på dette vises det til at Høyesterett har satt seg ut over den tilsvarende kompetansebegrensning i straffeprosessloven § 321 sjette ledd, og prøvd også lagmannsrettens rettsanvendelse uten at det kan sies at skjønnnet har vært uforsvarlig.⁶⁰ At forarbeidene til tvisteloven forutsetter at rettssikkerhetsgarantiene i sivile saker skal være de samme som for straffesaker, underbygger at Høyesterett også i sivile saker vil kunne sette seg ut over den begrensning i overprøvingsadgangen som tvisteloven § 29-13 femte ledd gir anvisning på.⁶¹ Avslutningsvis bemerker de to dommerne at

⁵⁹ Se kjennelsen avsnitt 119 flg.

⁶⁰ Som eksempel vises til Rt. 2006 s. 1638.

⁶¹ Jf. Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) s. 39, som Skoghøy også viser til.

”Det kan etter dette virke som om lovgiverne ikke var kjent med hvordan straffeprosessloven § 321 sjette ledd var praktisert”

og videre at det

”ikke [er] noen tilfredsstillende ordning at Høyesteretts overprøving av innholdet av lagmannsrettens nektelsesbeslutninger skal bygge på anstrengte konstruksjoner. Av hensyn til borgernes rettssikkerhet bør det fremgå direkte av loven hvilken kompetanse Høyesterett reelt har. Som tidligere nevnt, kan det vanskelig ses å være noen saklig grunn til at Høyesterett ikke skal kunne overprøve lagmannsrettens prøving av tingrettens lovanvendelse.”⁶²

Uttalelsene viser at denne dommerfraksjonen anså Høyesterett kompetente til også å prøve lagmannsrettens rettsanvendelse, altså hvorvidt det faktisk var *”klart”* at anken over tingrettens dom ikke ville føre fram. Dette ble for øvrig foreslått lovfestet av Skoghøy på vegne av Dommerforeningens utvalg for sivilprosess, i forbindelse med høringsforslaget om å endre reglene om begrunnelse for sivile anker.⁶³ Utvalgets argumentasjon knyttet seg til at Høyesteretts hovedoppgaver tilsier at man også bør kunne påanke lagmannsrettens anke- nektelser på grunn av feil ved rettsanvendelsen.

I forarbeidene til endringsloven av 2010 forkaster imidlertid departementet forslaget, og uttaler at Høyesteretts syn på omfanget av overprøvingsadgangen slik det fremgår av 2009-kjennelsen vil være bestemmende.⁶⁴ Rettspraksis frem til i dag synes også å legge flertallets

⁶² Se avsnitt 122 og 123.

⁶³ Se høringsuttalelsen av 24.august 2009, jf. Justisdepartementets høringsnotat om forslag om endringer i reglene om begrunnelse av beslutninger om å nekte anker fremmet av mai 2009. Det bemerkes at høringen fant sted før 2009-kjennelsen var avsagt.

⁶⁴ Jf. Prp.141 L (2009-2010) s. 35.

oppfatning i storkammerkjennelsen til grunn.⁶⁵ Det er i dag derfor gjeldende rett at Høyesterett bare kan oppheve lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering dersom det på bakgrunn av rettsspørsmålene i saken ikke var forsvarlig å nekte anken fremmet etter § 29-13 annet ledd.

4.3.3 Høyesteretts overprøving av bevisspørsmålene

Inn under Høyesteretts prøving av om lagmannsrettens saksbehandling var forsvarlig, går også vurderingen av om *”bevisbildet for lagmannsretten tilsa at en fullt ut skriftlig og forklet behandling kunne gi et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag”*, slik det fremgår av Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 61. Konkret må det sondres mellom bevisbildet og bevisbedømmelsen, idet sistnevnte hører under lagmannsrettens rettsanvendelse.

Høyesterett kan prøve hvorvidt det ut fra bevisituasjonen var forsvarlig å frata partene muligheten for å få bevisene vurdert ved en hovedforhandling for lagmannsretten – for så vidt gjelder det som er påanket av tingrettens dom. Det ligger imidlertid utenfor Høyesteretts kompetanse å foreta en nærmere prøving av om bevisene faktisk tilsa at anken burde nektes fremmet fordi den *”klart (...) ikke vil føre fram”*.

Bakgrunnen for at Høyesterett anser seg kompetente til å prøve bevisbildet under vurderingen av om saksbehandlingen var forsvarlig, henger trolig sammen med at sivile rettstviser handler mye om bevisene; ofte er man enige om jussen, men uenige om hvilket faktum som skal legges til grunn. Ettersom partene kun har mulighet til å fremlegge bevisene gjennom hovedforhandling, vil siling av sivile anker gjerne være vanskelig å foreta. Dette til forskjell fra straffesaker, hvor både lovskravet og det strenge beviskravet gjør det lettere å overprøve faktum og vurdere utsiktene til om anken vil føre fram.⁶⁶ I tillegg kan retten i

⁶⁵ Se bl.a. Rt. 2009 s. 1233, Rt. 2009 s. 1317, Rt. 2011 s. 1112, Rt. 2011 s. 1291 og Rt. 2012 s. 786.

⁶⁶ Se om dette Skoghøy (2008) s. 100.

straffesaker også støtte seg på politiforklaringer og dommeravhør, samt at den har et selvstendig ansvar for å få saken fullstendig opplyst, jf. straffeprosessloven § 294.

Noen av innvendingene mot å innføre silingsregelen i § 29-13 annet ledd, knyttet seg nettopp til at lagmannsretten på silingstidspunktet ikke vil ha et fullstendig grunnlag for å vurdere hvorvidt anken kan føre fram.⁶⁷ De rettssikkerhetsmessige betenkelighetene er nok i dag likevel noe avdempet gjennom lagmannsrettens begrunnelsesplikt og Høyesteretts kompetanse til overprøving.

Dersom det foreligger nye bevis for lagmannsretten – typisk nye vitner som kan belyse saken – men anken likevel nektes fremmet, vil Høyesterett fort kunne komme til at lagmannsrettens skjønnsutøvelse ut fra bevisbildet var uforsvarlig. Dette fordi det i slike tilfeller vanskelig kan sies å være *”klart”* at anken ikke vil føre fram, og dermed vil heller ikke en skriftlig og forenklet behandling kunne utgjøre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Et eksempel på hva som faller inn under bevisbedømmelsen, er at det i anken anføres at tingretten ikke har tatt stilling til alle bevisene, eller at den har vektlagt bevisene uriktig. Lagmannsrettens vurdering av utsiktene til om anken vil føre fram beror på en prøving av tingrettens rettsanvendelse – og denne kan ikke Høyesterett prøve.

Rt. 2009 s. 1233 er illustrerende for Høyesteretts kompetanse. Ankeutvalget konstaterer først at begrunnelsen tilfredsstilte formålene – se kapittel 3 ovenfor. Med hensyn til kravet om forsvarlig saksbehandling var det etter utvalgets oppfatning *”heller ikke noe å utsette på det skjønn lagmannsretten har utøvd”*. Tingretten hadde i domspremissene begrunnet sin bevisvurdering på en overbevisende måte. Kjennelsen viser at Høyesterett ikke tar stilling til om tingrettens bevisvurdering faktisk var korrekt, men nøyer seg med å konstatere at den er grundig og overbevisende fremstilt. Dette var tilstrekkelig til å slå fast at det på

⁶⁷ Se Tvistemålsutvalgets mindretall i NOU 2001: 32 s. 779.

bakgrunn av bevisspørsmålene slik de fremsto for lagmannsretten, var forsvarlig å avgjøre saken ved skriftlig og forenklet saksbehandling.

4.3.4 Virkningen av at det foreligger feil ved saksbehandlingen

Det følger av tvisteloven § 29-21 første ledd at *”feil ved saksbehandlingen skal tillegges virkning hvis det er nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for den avgjørelse som er anket”*. Dersom lagmannsrettens begrunnelse ikke tilfredsstillende de krav som er utpenslet i rettspraksis, er dette en feil i saksbehandlingen som vil føre til at nektelsesbeslutningen oppheves. Hvor Høyesterett konstaterer at det foreligger mangler ved begrunnelsen, ligger det dermed implisitt i dette at feilen har virket inn på beslutningen; den manglende begrunnelse hindrer da Høyesterett i å overprøve beslutningen – som jo nettopp er et sentralt formål med begrunnelsen.

Motsatt vil begrunnelsen også kunne føre til at lagmannsrettens beslutning *ikke* oppheves – for de tilfeller at saksbehandlingsfeilen da er knyttet til andre forhold enn manglende begrunnelse. Rt. 2009 s. 1311 illustrerer dette. Høyesteretts ankeutvalg kom til at det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke hadde gjengitt ankegrunnene i sin nektelsesbeslutning, ettersom dette vil være *”viktig for å sikre at alle ankegrunner og påstander er vurdert, jf. at ankeutvalget har begrenset kompetanse”*.⁶⁸ Feilen kunne likevel ikke ha virket inn på beslutningens innhold, da lagmannsrettens begrunnelse viste at forholdene ved tingrettens avgjørelse og saksbehandlingen var vurdert.

Tilsvarende ble lagt til grunn i Rt. 2012 s. 786. Heller ikke her var ankegrunnene gjengitt i nektelsesbeslutningen. Etter ankeutvalgets syn ga dette ikke grunnlag for opphevelse, ettersom begrunnelsen var tilstrekkelig til å vise at det var foretatt en reell overprøving av anken tingrettens rettsanvendelse. Begge eksemplene viser følgelig at begrunnelsen kan redde beslutningen fra opphevelse.

⁶⁸ Se avsnitt 12.

4.4 Er det en god regel at Høyesteretts kompetanse er begrenset til feil ved saksbehandlingen?

Det er på det rene at Høyesteretts kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling – herunder forsvarligheten av lagmannsrettens skjønnsutøvelse – ettersom lovgiver etter nøye overveielser sluttet seg til flertallets synspunkt i Rt. 2009 s. 1118. Det var et viktig mål med tvistelovreformen å legge til rette for at Høyesterett kan utøve sine hovedoppgaver.⁶⁹ Dersom loven hadde åpnet for at overprøvingen av nektelsesbeslutninger også skulle omfatte rettsanvendelsen, ville det ha ført til en økt arbeidsmengde for ankeutvalget, og følgelig gått på bekostning av Høyesteretts ressurser til å bidra til rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling.

Kravet til at det må ha vært *uforsvarlig* å nekte anken fremmet, innebærer at lagmannsrettens skjønnsutøvelse nærmest må fremstå som uaktsom. Motsetningsvis innebærer dette at det ikke er tilstrekkelig å oppheve nektelsesbeslutningen på bakgrunn av at anken ikke *burde* vært nektet fremmet – slik Skoghøy og Tjomsland mente det burde være – ettersom dette forutsetter at Høyesterett også prøver lagmannsrettens prøving av tingrettens konkrete rettsanvendelse ved vurderingen av utsiktene til om anken vil føre fram.

Det er klart nok en ulikhet mellom synspunktene til flertallet og mindretallet. Etter mitt syn er imidlertid grensen mellom hva som hører under rettsanvendelsen og hva som hører under saksbehandlingen flytende, og egentlig bare en gradsforskjell. Dersom Høyesterett opphever beslutningen på bakgrunn av lagmannsrettens forsømmelse, innebærer det at rettsanvendelsen – vurderingen av utsiktene til om anken kunne føre frem – var så grovt uriktig at den derfor må karakteriseres som en saksbehandlingsfeil. Men som det fremgår av Høyesteretts formulering i Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 61, behøver man ikke å gå inn på noen realitetsvurdering av lagmannsrettens rettsanvendelse, idet en slik uforsvarlighet kan

⁶⁹ Se Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) s. 39.

konstateres på bakgrunn av generell prøving av rettsspørsmålene og bevisbildet i saken. Praksis viser imidlertid at Høyesterett i enkelte tilfeller går meget tett opp til det som hører under lagmannsrettens rettsanvendelse, slik Skoghøy gir uttrykk for i sitt votum.⁷⁰ At grensen mellom rettsanvendelsen og saksbehandlingen kan være flytende, illustreres dessuten ved at kriteriet ”uforsvarlig” til syvende og sist bygger på Høyesteretts egen praksis.

Det er imidlertid ikke noe dramatikk i dette. Regelen er fortsatt at Høyesterett ikke kan prøve lagmannsrettens konkrete rettsanvendelse, og dette synes å ha gode grunner for seg. Ved at kompetansen omfatter prøvingen av om lagmannsrettens saksbehandling var ufor- svarlig – og mye tyder på at denne i praksis går tett opp til å prøve lagmannsrettens rettsan- vendelse – fanger man opp de tilfeller hvor beslutningen klart ikke burde bli stående, særlig tatt i betraktning Høyesteretts hovedoppgaver. Samtidig vil regelen forhindre at Høyesterett blir nedlesset i anker hvor beslutningen om ankenektelse trolig er korrekt, men hvor parte- ne ikke aksepterer resultatet og mener at anken burde vært tillatt fremmet til behandling i lagmannsretten.

⁷⁰ Se som eksempel Rt. 2011 s. 1291 avsnitt 20-21. Også avgjørelser etter straffeprosessloven § 321, se Rt. 2009 s. 185 og Rt. 2009 s. 703.

5 Saker etter § 29-13 første ledd

5.1 Innledning

Mens temaet frem til nå har vært begrunnelseskravet ved siling i form av ankenektelse, vil redegjørelsen i dette kapitlet knytte seg til anketillatelser. Tvisteloven § 29-13 første ledd hører til det sistnevnte, og omhandler altså de tilfeller hvor en realitetsbehandling av anken er betinget av lagmannsrettens samtykke. Det heter her at:

”Anke over dom i en sak om formuesverdier kan ikke fremmes uten lagmannsrettens samtykke hvis ankejenstandens verdi er mindre enn 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis, skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, de behov partene har for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelse som er anket, eller ved behandlingen av saken.”

Avgjørelsen av om samtykke skal gis treffes i form av beslutning, jf. femte ledd. I motsetning til beslutninger etter § 29-13 annet ledd, er kravet til begrunnelse forbeholdt de tilfeller hvor *”særlige grunner tilsier det”*. Beslutningen kan også her bare ankes på grunnlag av feil ved saksbehandlingen.

Sondringen mellom ankenektelse og anketillatelse har betydning fordi det ligger ulike tankeganger bak ordningene, som gir seg utslag i to prinsipielt viktige forskjeller.⁷¹ Hvor man er avhengig av lagmannsrettens samtykke, er utgangspunktet at slike saker ikke skal behandles av ankeinstansen. Det gjelder dermed ingen alminnelig ankerett, slik tilfellet er for de saker som faller inn under § 29-13 annet ledd. Videre blir det ved anketillatelser ikke truffet noen realitetsavgjørelse – også dette i motsetning til ankenektelser. Spørsmålet om samtykke skal gis beror på en sammensatt skjønnsmessig vurdering, hvor utsiktene til om anken vil føre frem *kan* være ett av momentene, men ikke nødvendigvis er utslagsgivende.

⁷¹ Se om dette Skoghøy (2010) s. 110.

Som følge av at loven opererer med de ulike ordningene, vil plikten til å begrunne beslutningen variere alt etter som det gjelder et utgangspunkt om ankerett eller anketillatelse.

Kapitlet her følger omtrent tilsvarende oppbygging som drøftelsen av de ulike sidene ved ankesiling etter § 29-13 annet ledd. Jeg vil først redegjøre for hvilke saker som faller inn under regelen om anketillatelse, og deretter for selve begrunnelseskravet. Til sist følger drøftelsen av Høyesteretts kompetanse til å overprøve de ulike sider ved lagmannsrettens beslutning.

5.2 Bestemmelsens anvendelsesområde

Verdigrensen på 125 000 kroner har betydning både for forliksrådsbehandlingen og for hvilke saker som skal behandles etter småkravprosessen.⁷² I relasjon til § 29-13 har det betydning for om ankebehandling er betinget av tillatelse. Ankesummen er følgelig ikke et prosessuelt vilkår for å anke; den er kun bestemmende for om anken skal vurderes etter § 29-13 første eller annet ledd.⁷³

Med "*formuesverdier*" siktes det både til krav av formuerettslig art og krav av annen karakter, såfremt det har penger eller noe annet av økonomisk verdi som objekt.⁷⁴ Motsatsen er saker om ideelle interesser – disse er i henhold til lovens ordlyd underlagt ankesiling etter § 29-13 annet ledd. Verdifastsettelsen foretas etter reglene i tvisteloven kapittel 17, og det følger av lovens system at denne skal komme til uttrykk i den avgjørelse vurderingen knytter seg til.⁷⁵

⁷² Se tvisteloven §§ 6-2, 6-10 og 10-1.

⁷³ Jf. Schei (2007) s. 761.

⁷⁴ Jf. NOU 2001: 32 s. 809.

⁷⁵ Se Rt. 2009 s. 90 avsnitt 21 med videre henvisninger.

Det ligger i det som nå er sagt at lagmannsretten må foreta to vurderinger etter § 29-13 første ledd; først en fastsettelse av tvistegjenstandens verdi, og deretter – for det tilfellet at verdien ikke overstiger 125 000 kroner – om det skal gis samtykke eller ikke. Dersom verdien overstiger beløpsgrensen, er det annet ledd som kommer til anvendelse, med den konsekvens at anken bare kan nektes fremmet dersom den *”klart (...) ikke vil føre fram”*. Praxis fra Høyesteretts ankeutvalg viser at lagmannsretten av eget tiltak skal vurdere om samtykke etter første ledd bør gis.⁷⁶ Det innebærer at dersom retten kommer til at tvistegjenstandens verdi ikke overstiger 125 000 kroner, skal den vurdere om samtykke bør gis uavhengig av om den ankende part har begjært dette.⁷⁷

I forlengelsen av dette ser man at begrunnelseskravet har en side både til vurderingen av tvistegjenstandens verdi, og til vurderingen av om samtykke skal gis. Men selv om kravet til begrunnelse kan slå ulikt ut med hensyn til om det gjelder vurderingen av beløpsgrensen eller selve samtykket, treffer lagmannsretten likevel bare én samlet beslutning som enten går ut på å gi eller å ikke gi samtykke til ankebehandling.⁷⁸

5.3 Nærmere om vilkåret i § 29-13 femte ledd. Når inntreer plikten til å begrunne beslutningen?

5.3.1 Oversikt

Beslutningen om samtykke skal etter § 29-13 femte ledd begrunnes dersom *”særlige grunner tilsier det”*, hvilket innebærer et unntak fra utgangspunktet i § 19-6 om at beslutninger ikke behøver å begrunnes. Dette ble inntatt i loven ved endringen av § 29-13 som fulgte av

⁷⁶ Se eksempelvis Rt. 2008 s. 1130 og Rt. 2009 s. 508. Unnlatelse av å gjøre dette er å regne som saksbehandlingsfeil.

⁷⁷ Slik begjæring var nødvendig etter tvistemålsloven § 359.

⁷⁸ Som det fremgår av bl.a. Rt. 2008 s. 1130.

storkammerkjennelsene fra 2008 og 2009. Av forarbeidene til endringsloven fremgår det at man ønsket å lovfeste et krav om begrunnelse for de tilfeller hvor Høyesteretts ankeutvalg allerede hadde konstatert at et slikt krav gjelder, hvilket medfører at også rettspraksis fra tiden før lovendringen vil være relevant.⁷⁹

Hvorvidt det foreligger *”særlige grunner”* avhenger av den konkrete sak. Ordlyden taler for at det skal en del til, hvilket underbygges av at utgangspunktet for saker etter § 29-13 første ledd nettopp er at disse ikke skal tillates fremmet til ankebehandling. Dette er dessuten i overensstemmelse med Rt. 2009 s. 90, hvor Høyesterett uttaler at det *”ligger i denne ordningen at det ikke gjelder noe alminnelig krav til begrunnelse”*.⁸⁰ Som drøftelsen nedenfor viser, får dette utgangspunktet riktignok oftest praktisk betydning for selve samtykkevurderingen.

Ved den nærmere fastleggelse av når begrunnelsesplikten inntreffer, vil det være hensiktsmessig å sonde mellom lagmannsrettens verdifastsettelse og vurderingen av om samtykke skal gis. Dette fordi plikten slår ulikt ut som følge av at Høyesteretts kompetanse til å prøve de ulike delene av beslutningen.

5.3.2 Verdifastsettelsen

Høyesteretts ankeutvalg har gjentatte ganger – også før lovendringen i 2010 – lagt til grunn at lagmannsrettens verdifastsettelse må begrunnes dersom det er uenighet mellom partene, og vurderingen ikke fremstår som klar.⁸¹ Dette henger sammen med Høyesteretts kompe-

⁷⁹ Se Prop. 141 L s. 32.

⁸⁰ Se avsnitt 23. Ordningen det siktes til er at det etter tvisteloven bare skal avsies én samlet beslutning. Dette i motsetning til det som gjaldt etter den tidligere tvistemålsloven, hvor det først ble avsagt beslutning om ikke å gi samtykke og deretter en avvisningskjennelse.

⁸¹ Se Rt. 2008 s. 1281, Rt. 2009 s. 90, Rt. 2009 s. 953 og HR-2011-946-U.

tanse til å prøve verdivurderingen etter § 17-5 første ledd.⁸² Rt. 2009 s. 90 er sentral i så henseende; her var det blant annet tvist om kravet til ankesum var oppfylt, og lagmannsretten hadde konkludert med at dette ikke var tilfellet. På bakgrunn av en vurdering etter § 29-13 første ledd, besluttet retten deretter å ikke gi samtykke til behandling av anken, men av beslutningen var det ikke mulig å se hvordan lagmannsretten hadde gått frem ved verdifastsettelsen. Høyesterett mente at beslutningen skulle ha vært begrunnet, og uttaler i avsnitt 23 at *”i den enkelte sak kan forholdene ligge slik an at en begrunnelse både er naturlig og nødvendig”*. Ettersom partene var uenige om tvistegjenstandens verdi, og Høyesterett ble forhindret fra å prøve verdivurderingen etter § 17-5, var det derfor både naturlig og nødvendig å begrunne beslutningen.

Lovgiver har i forarbeidene sluttet seg til Høyesteretts linje med hensyn til når det foreligger *”særlige grunner”* til å begrunne beslutningen.⁸³ Høyesterett foretar en intensiv prøving av lagmannsrettens verdifastsettelse, idet denne er avgjørende for om retten har forstått sin kompetanse. Dette er viktig ettersom ankesiling i form av samtykke innebærer at lagmannsretten ikke vurderer sakens realitet; slik sett stoppes anken i trinnet før anker som nektes fremmet etter § 29-13 annet ledd. Verdien vil være bestemmende for om anken skal vurderes etter § 29-13 første eller annet ledd, og følgelig om det gjelder et utgangspunkt om ankerett eller ikke. Videre vil begrunnelsen være nødvendig for at Høyesterett skal kunne overprøve lagmannsrettens verdifastsettelse innenfor rammene av § 17-5.

Til illustrasjon for det som er nevnt, kan Rt. 2009 s. 953 trekkes frem. Her ble det vektlagt at et begrunnelseskrav for verdifastsettelsen også vil følge av tvisteloven § 1-1 annet ledd sjette strekpunkt om at *”viktige avgjørelser [skal] begrunnes”*, idet avgjørelsen er av ve-

⁸² Som det fremgår av Rt. 2009 s. 1164 avsnitt 19.

⁸³ Se Prop. 141 L s. 32. At begrunnelsesplikten ikke er begrenset til de situasjoner hvor partene er uenige, har nok sammenheng med at lagmannsretten av eget tiltak skal ta stilling til verdien, jf. § 17-1 første ledd.

sentlig betydning for ankeretten.⁸⁴ Også syvende strekpunkt vil være relevant; her heter det at ”avgjørelser av vesentlig betydning [skal] kunne overprøves”.

Så langt kan det altså konkluderes med at lagmannsretten plikter å begrunne verdifastsettelsen hvor denne ikke fremstår som klar – hva enten partene er uenige eller det på annen måte er tvilsomt hvilken verdi som skal legges til grunn. Dette omfattes av vilkåret ”*særlige grunner*”.

5.3.3 Vurderingen av om samtykke skal gis

Mer problematisk er det å avgjøre når det foreligger ”*særlige grunner*” til å begrunne den skjønnsmessige vurderingen av om samtykke skal gis.

Spørsmålet om det i det hele tatt måtte følge et begrunnelseskrav ved denne vurderingen, var gjenstand for Høyesteretts behandling i Rt. 2009 s. 1164. Avgjørelsen har sammenheng med storkammerkjennelsen i Rt. 2009 s. 1118, og ble avsagt kun få dager senere. Den konkrete problemstillingen for ankeutvalget var om plikten til å begrunne beslutningen etter § 29-13 første ledd måtte oppstilles nettopp på bakgrunn av resultatet i Rt. 2009 s. 1118. Høyesterett kom til at dette måtte gjelde i de tilfeller hvor hensynet til en forsvarlig saksbehandling tilsier det – likevel slik at en begrunnelse ikke var nødvendig i den konkrete saken. Resultatet bygget på at tilsvarende betraktninger var lagt til grunn både for ankenektelser etter § 29-13 annet ledd og straffeprosessloven § 321 første og annet ledd.⁸⁵

Lovgiver slutter seg også her til Høyesteretts konklusjon ved endringsloven av 2010.⁸⁶ Likevel kan man ikke av ordlyden ”*særlige grunner*” utlede noe mer generelt om når det må

⁸⁴ Se avsnitt 12.

⁸⁵ Se avsnitt 22 flg.

⁸⁶ Se Prop. 141 L s. 32.

regnes som uforsvarlig av lagmannsretten å ikke begrunne samtykkevurderingen. Dette vil derfor måtte bero på forholdene i den konkrete sak.

Spørsmålet om hva som er forsvarlig har sammenheng med kriteriene for at samtykke skal gis, slik de fremgår av den ikke-uttømmende opplisting i § 29-13 første ledd annet punktum. Dersom ett eller flere av momentene foreligger, taler dette for at det lettere vil kunne være uforsvarlig å ikke begrunne beslutningen – likevel slik at det *ikke i seg selv* er tilstrekkelig til å utløse en begrunnelsesplikt at den ankende part anfører at ett eller flere av de lovfestede momentene i § 29-13 første ledd foreligger.⁸⁷

I Rt. 2009 s. 1164 var det som argument for at det forelå ”*særlige grunner*”, blant annet anført at saken reiste spørsmål i forhold til et EF-direktiv. Den ankende part mente dette talte for at saken hadde slik prinsipiell interesse at den ikke burde avskjæres fra videre behandling for domstolene. Anførselen førte imidlertid ikke frem. Med hensyn til begrunnelseskravet, var ankeutvalget av den oppfatning at alle anførselene i anken var forsvarlig behandlet i tingrettens dom, og det forelå heller ikke ellers noen ”*særegne spørsmål*” som tilsa at lagmannsretten burde ha gitt en begrunnelse.⁸⁸

Ut over dette finnes det lite praksis i sivile saker hvor Høyesterett prøver om det er i samsvar med hensynet til forsvarlig saksbehandling at lagmannsretten ikke har begrunnet selve samtykkevurderingen. Nettopp dette er et poeng i seg selv; det vil gjerne være gunstigere for partene å angripe lagmannsrettens verdifastsettelse, ettersom Høyesteretts kompetanse da også omfatter en viss prøving av rettsanvendelsen, jf. § 17-5 første ledd annet punktum. Dersom lagmannsrettens beslutning oppheves på bakgrunn av at den har lagt til grunn en uriktig verdifastsettelse, vil dette innebære at anken skal vurderes etter § 29-13 annet ledd – hvor utgangspunktet er at man har en ankerett.

⁸⁷ Se Prop. 141 L s. 33.

⁸⁸ Se avsnitt 26.

Det synes naturlig å sammenligne beslutninger etter tvisteloven § 29-13 første ledd med tilsvarende beslutninger etter straffeprosessloven § 321, slik Høyesterett gjør i Rt. 2009 s. 1164, med videre henvisning til storkammerkjennelsen i Rt. 2008 s. 1764.⁸⁹ I sistnevnte avgjørelse kommenterer førstvoterende i et obiter dictum spørsmålet om det også må gjelde et begrunnelseskrav for saker som faller inn under § 321 første ledd.⁹⁰ Han kommer – med tilslutning fra de øvrige dommerne – til at slike saker ikke omfattes av ankeretten etter SP art.14 nr. 5, og at et begrunnelseskrav derfor vil være forbeholdt ”*spesielle situasjoner*”. Ved lovendringen av 2010 ble det i tråd med dette inntatt en plikt til å begrunne beslutningen om ikke å tillate anken fremmet etter § 321 første ledd ”*når særlige grunner tilsier det*”, jf. femte ledd – vilkåret er dermed likelydende for beslutninger om anketillatelse i straffesaker og sivile saker. Det heter i forarbeidene at formuleringen ikke er ment å gå lenger enn det Høyesterett la til grunn i Rt. 2008 s. 1764.⁹¹

Som eksempel på slike spesielle situasjoner for straffesaker, kan Rt. 2012 s. 1246 trekkes frem. Her mente Høyesterett at tingrettens domsgrunner var så mangelfulle med hensyn til lovanvendelsen, at lagmannsretten burde ha gitt en begrunnelse for hvorfor samtykke ikke ble gitt – særlig tatt i betraktning av at anket nettopp gjaldt lovanvendelsen. I Rt. 2011 s. 668 kom Høyesterett til at tingretten trolig hadde misforstått ett av bevisene i saken, og at lagmannsretten burde ha kommentert dette når den da besluttet å ikke gi samtykke til ankebehandling.

Det foreligger likevel noen betenkeligheter til det å trekke for sterke paralleller mellom straffeprosessloven § 321 første ledd og tvisteloven § 29-13 første ledd. Utgangspunktet for straffesaker er at man har en konvensjonsfestet rett til anke, og § 321 første ledd åpner kun

⁸⁹ Se avsnitt 22.

⁹⁰ Se avsnitt 113 flg.

⁹¹ Se Prop. 141 L s. 20.

for en liten mulighet til å sile ut de minst alvorlige sakene.⁹² Men fordi man ikke vet nøyaktig hvor grensen mellom slike saker og de mer alvorlige skal trekkes, kan det neppe utelukkes at "*særlige grunner*" oftere vil foreligge i straffesaker enn i sivile saker. Høyesterett vil ha en større grunn til å oppheve lagmannsrettens beslutning etter straffeprosessloven § 321 første ledd dersom begrunnelsen fremstår som mangelfull – i sivile saker er man på tryggere grunn, ettersom det ikke følger noen ankerett av menneskerettskonvensjonene. Dette taler dermed for at det vil kunne være en forskjell mellom de to prosessene med hensyn til når begrunnelsesplikten utløses.

Sammenfatningsvis må det antas at hensynet til forsvarlig saksbehandling innebærer at det i alle fall foreligger "*særlige grunner*" til å begrunne vurderingen av om samtykke skal gis i de tilfeller hvor det dreier seg om nye anførsler og forhold som ikke er behandlet av tingretten. Spørsmålet henger imidlertid nært sammen med Høyesteretts kompetanse til å overprøve beslutningen, som det vil fremgå av drøftelsen i 5.4 nedenfor.

Hvilke krav som må stilles til begrunnelsens innhold, har sammenheng med hvilke formål den tjener til; å vise hvordan lagmannsretten har tenkt når den besluttet at samtykke ikke burde gis. Temaet etter § 29-13 første ledd er om det skal gis samtykke til å fremme anken, vurdert opp mot om det er noen rimelig grunn til at tingrettens dom ikke burde bli stående, jf. de opplistede momenter i bestemmelsens annet punktum. For anketillatelser vil det derfor ikke være tilstrekkelig å vise til tingrettens dom, da beslutningen ikke er noen realitetsavgjørelse. I motsetning til beslutninger om ankenektelse, vil sakens realitet i beste fall være et moment som trekker i retning av at samtykke bør gis.⁹³ Hvor en begrunnelse er påkrevd, bør denne dermed angi de momenter lagmannsretten har vektlagt, og vise hvorfor retten har besluttet å tillate eller ikke tillate anken fremmet.

⁹² Se NOU 1992: 28 s. 125.

⁹³ Se NOU 2001: 32 s. 776.

5.4 Høyesteretts kompetanse til å overprøve beslutningen

5.4.1 Lagmannsrettens vurdering av ankegjensstandens verdi

Lagmannsrettens vurdering av om beløpsgrensen er oppfylt i den enkelte sak, henger sammen med dens kompetanse til å realitetsbehandle anken. Dersom retten foretar en uriktig anvendelse av § 29-13 første ledd, vil dette føre til at den enten utvider eller innskrenker sin kompetanse til å overprøve tingrettens dom. Av disse er det naturlig nok innskrenkingen som vil være betenkelig i forhold til den rettssikkerhetsgaranti som ligger i at Høyesterett skal kunne dømme i siste instans. Praksis fra Høyesteretts ankeutvalg viser derfor at det i særlig grad vektlegges hvorvidt det av beslutningen fremgår om lagmannsretten har lagt til grunn en korrekt forståelse av sin kompetanse, noe som medfører at begrunnelseskravet her skjerpes. Dette har vært lagt til grunn også i tiden før lovendringen av 2010.

Som nevnt er lovens ordning i § 29-13 første ledd at det bare treffes én avgjørelse av lagmannsretten, som går ut på at det enten gis eller ikke gis samtykke til ankebehandling. Lagmannsretten trenger i utgangspunktet ikke å begrunne verdifastsettelsen særskilt, med mindre partene er uenige om verdien av tvistegjenstanden og vurderingen ellers ikke fremstår som klar.

Det som her er sagt om begrunnelsen av verdifastsettelsen har sammenheng med at denne tjener til å sette Høyesterett i stand til å prøve lagmannsrettens beslutning. Kompetansen til å tilsidesette lagmannsrettens verdifastsettelse reguleres av tvisteloven § 17-5 første ledd. Høyesterett har i Rt. 2009 s. 90 formulert dette slik: *"Hensynet til ankeutvalgets prøving av en anke innenfor rammene av § 17-5, vil ha betydning for spørsmålet om og i hvilken utstrekning lagmannsretten behøver å gi begrunnelse"*.⁹⁴ Det vil altså være av betydning hva overprøvingen av verdifastsettelsen knytter seg til.

⁹⁴ Se avsnitt 24.

Etter § 17-5 første ledd første punktum kan Høyesterett prøve om verdifastsettelsen ”*er i strid*” med reglene om verdifastsetting slik de fremgår av tvisteloven kapittel 17. I forarbeidene er det presisert at dette innebærer at de rettslige premisser for vurderingen kan prøves fullt ut.⁹⁵ Det kan virke noe uklart hva lovgiver her har ment med uttrykket ”rettslige premisser”; om det kun siktes til lovtolkingen, eller om det også omfatter prøving av rettsanvendelsen. Sett i lys av bestemmelsens ordlyd, synes det nærliggende å tolke det som en begrensning til kun å gjelde lovtolkingen. Likevel tyder forarbeidenes referanse til at de rettslige premissene kan prøves ”fullt ut” på at en slik begrensning ikke er tilsiktet. Også rettspraksis viser at Høyesteretts ankeutvalg under vurderingen av § 17-5 første ledd første punktum har prøvd lagmannsrettens rettsanvendelse.⁹⁶ Når kompetansen til å prøve om verdifastsettelsen er i strid med reglene i loven kapittel 17 dermed ikke er underlagt noen begrensning, blir lagmannsrettens begrunnelse for dette forhold mindre avgjørende.

Hva gjelder rettens fastlegging av det faktiske grunnlaget for verdifastsettingen, samt den skjønnsmessige vurderingen, innskrenker § 17-5 overprøvingsadgangen til de tilfeller hvor vurderingen ”*åpenbart er uriktig og må ha ledet til en vesentlig for høy eller lav verdifastsetting*”. Årsaken til at det gjelder en slik begrensning er at verdifastsettelsen skjer på bakgrunn av en konkret vurdering, og at den ofte vil inneholde betydelige skjønnsmessige elementer – derfor kreves det avvik av en viss størrelse for at verdifastsettelsen skal kunne tilsidesettes.⁹⁷ De strenge vilkårene gir uttrykk for at det kun skal foretas en ytre og omtrentlig kontroll, ettersom uenigheten om verdien ikke dreier seg om selve tvistegjenstanden.

⁹⁵ Se NOU 2001: 32 s. 812.

⁹⁶ Se bl.a. Rt.2009 s. 508, Rt. 2009 s. 953, Rt. 2009 s. 956 og Rt. 2009 s. 1354.

⁹⁷ Jf. NOU 2001: 32 s. 812.

For at Høyesterett skal ha noen praktisk mulighet til å foreta en slik prøving av de faktiske forhold, kreves det at lagmannsretten må begrunne hvordan den har kommet frem til fastsettelsen av ankegjensstandens verdi. Dersom verdifastsettelsen ikke er begrunnet, eller begrunnelsen ikke er tilstrekkelig, vil dette innebære en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse av lagmannsrettens beslutning, i tråd med § 29-13 femte ledd.⁹⁸ Dette fremgår ikke av § 17-5, men er likevel en naturlig konsekvens av at Høyesterett har adgang til å prøve hvorvidt lagmannsretten har forstått sin kompetanse – om den korrekt har vurdert anken etter § 29-13 første ledd.⁹⁹

5.4.2 Lagmannsrettens vurdering av om samtykke skal gis

Vurderingen av om samtykke skal gis etter § 29-13 første ledd skal foretas dersom lagmannsretten har konstatert at ankegjensstandens verdi ikke overstiger 125 000 kroner. Dette er en skjønnspreget vurdering, og det skal ifølge bestemmelsen blant annet tas hensyn til *”sakens karakter, de behov partene har for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelse som er anket, eller ved behandlingen av saken”*. Det må dessuten tas i betraktning utgangspunktet om at slike saker ikke skal tillates fremmet.

På samme måte som ved beslutninger om ankenektelse etter § 29-13 annet ledd, er Høyesteretts kompetanse ved prøvingen av beslutninger etter første ledd også begrenset til å gjelde feil ved saksbehandlingen, jf. femte ledd. Slik det fremgår av Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 61, omfatter dette rettsanvendelsen og bevisvurderingen som knytter seg til saksbehandlingsspørsmålet, i tillegg til om lagmannsrettens saksbehandling samlet sett – herunder skjønnsutøvelsen – var forsvarlig. Høyesteretts prøving av forsvarligheten vil langt på vei bero på lagmannsrettens vurdering av anken slik den fremgår av en eventuell begrunnelse.

⁹⁸ Slik resultatet ble i bl.a. Rt. 2008 s. 1281, Rt. 2009 s. 90, Rt. 2009 s. 953 og Rt. 2009 s. 84. Sistnevnte skiller seg fra de øvrige sakene ved at saksbehandlingsfeilen var knyttet til manglende kontradiksjon ved verdifastsettelsen, og ikke til begrunnelsen.

⁹⁹ Slik også Skoghøy (2010) s. 311-312.

Vurderingstemaet ved forsvarlighetsvurderingen etter § 29-13 første ledd skiller seg imidlertid fra annet ledd; samtykkeregelen knytter seg til om det var forsvarlig å la tingrettens dom bli stående – ikke hvorvidt det var forsvarlig å avgjøre saken på bakgrunn av en skriftlig og forenklet realitetsbehandling. Ved vurderingen av om samtykke skal gis er poenget nettopp at det ikke foretas noen realitetsprøving i lagmannsretten.

Grensen må likevel også her – som for overprøving av nektelsesbeslutninger – trekkes mot lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering. Høyesterett skal ikke ta stilling til om samtykke *burde* vært gitt. Høyesterett vil imidlertid på bakgrunn av både rettsspørsmålene i saken og bevisbildet for lagmannsretten kunne komme til at det var uforsvarlig å ikke gi samtykke til ankebehandling. Hvilke situasjoner dette gjelder for, har blant annet sammenheng med de opplistede momentene i bestemmelsens annet punktum, som er sitert ovenfor.

Om denne skjønnsmessige vurderingen heter det i forarbeidene at det for det første vil ha vesentlig betydning hvorvidt saken har prinsipiell interesse. I tillegg vil det være et viktig moment om saken har økonomisk betydning for partene utover den konkrete saken, og om tingrettens avgjørelse synes å være riktig.¹⁰⁰ Disse hensyn har kommet til uttrykk gjennom lovens ordlyd. Det blir i forarbeidene dessuten fremhevet at det for krav behandlet etter småkravprosessen er

”særlig viktig at det gjennom samtykke til anke åpnes for en kvalitetskontroll av saksbehandlingen i tingretten. (...)

Utvalget vil understreke at det er viktig at lagmannsretten er seg bevisst den betydning det har at avgjørelser som det er et reelt behov for blir overprøvd, faktisk også blir gjenstand for overprøving. I denne sammenheng hører det hjemme at om en anke til lagmannsretten nektes, vil det selvsagt også sette en stopper for muligheten

¹⁰⁰ Se NOU 2001: 32 s. 776.

*for at saken kan bli prøvd i Høyesterett. Om dette skjer i saker av mer vidtrekkende prinsipiell betydning, vil det være uheldig. Når verdigrensen for krav til samtykke heves i forhold til dagens krav til ankesum, tilsier det at lagmannsretten i større grad enn tidligere gir samtykke”.*¹⁰¹

Det som er her trekkes frem vil virke inn på Høyesteretts vurdering av om det var forsvarlig av lagmannsretten å ikke gi samtykke til ankebehandling, og det viser at selv om utgangspunktet er at saker i småkravsprosessen ikke skal tillates fremmet, må det likevel tas i betraktning at det er Høyesteretts oppgave å drive med rettsavklaring og rettsutvikling, slik dette også har betydning for forsvarlighetsvurderingen etter § 29-13 annet ledd. Det ligger i dette at saker som isolert sett ikke er av særlig stor betydning, like fullt kan være av en slik vidtrekkende interesse som tilsier at samtykke burde vært gitt. Igjen ser man at det oppstår et spenningsforhold mellom Høyesteretts hovedoppgaver og det å la lagmannsretten få siste ord – men at dette langt på vei løses ved at Høyesteretts kompetanse til å prøve feil ved saksbehandlingen også omfatter vurderingen av om lagmannsrettens skjønnsutøvelse samlet sett var forsvarlig, se også kapittel 4.3.

Kjennelsen inntatt i Rt. 2009 s. 508 kan tjene som eksempel. Lagmannsrettens beslutning om ikke å gi samtykke ble opphevet på grunnlag av uriktig verdifastsettelse. I tillegg bemerkes i avsnitt 13 om samtykkevurderingen at utvalget

”minner om at det er forutsatt at samtykke skal gis i større utstrekning enn hva tilfellet var hvor det etter tvistemålsloven var spørsmål om å gi samtykke til anke uavhengig av ankegjensstandens verdi. Utvalget finner også grunn til å peke på at de særlige forhold i denne saken uansett talte for at samtykke ble gitt”.

¹⁰¹ Se NOU 2001: 32 s. 776. Deler av dette er også gjengitt i Prop. 141 L s. 32-33.

De særlige forhold sikter nok til at rettsspørsmålene eller bevisbildet i saken tilsa at samtykke burde gis. Kjennelsen er kort og gjengir for lite av faktum til at man vet hva det konkret siktes til, men den viser uansett at dette kunne ha vært en alternativ opphevelsesgrunn.

Det følger av § 29-13 femte ledd siste punktum at beslutninger som *ikke nekter* anken fremmet etter annet ledd er unndratt fra Høyesteretts overprøving. Antitetisk kunne dette tyde på at det ikke gjelder en slik begrensning for de tilfeller hvor lagmannsretten tillater anken fremmet etter første ledd. Det som kan utledes av rettspraksis, taler imidlertid for at så ikke er tilfellet. Det fremheves i Rt. 2008 s. 1456 at "*lovens system*" er basert på at fremme av anken ikke skal kunne angripes, og i HR-2011-2174-U at det ikke er "*samme behov for å få overprøvd avgjørelser om å tillate ankebehandling*". Riktignok omhandlet avgjørelsene § 36-10 tredje ledd, men også her er det tale om en samtykkeordning.¹⁰² Også hensynet til Høyesteretts overprøving trekker i samme retning; det kan vanskelig sies å være uforsvarlig av lagmannsretten å gi samtykke til anken, ettersom det ikke foreligger noen avgjørende hensyn mot at slik behandling tillates.

¹⁰² Skoghøy (2010) s. 116 synes også å likestille § 29-13 første og annet ledd i sin omtale av "*beslutninger som tillater anke*".

6 Saker etter § 36-10 tredje ledd

6.1 Innledning

Tvisteloven kapittel 36 gjelder for saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren, og bestemmelsene her regulerer saksbehandlingen ved overprøving av tvangsvedtakene i tingretten, hvor spesiallovgivningen gir adgang til dette. § 36-10 tredje ledd er en særbestemmelse som kun gjelder anke over tingrettens dom i saker om fylkesnemndas vedtak etter barnevernloven¹⁰³. For denne typen vedtak er anke til lagmannsretten betinget av lagmannsrettens samtykke, slik regelen også er etter § 29-13 første ledd. Det er imidlertid den forskjell at det for saker etter § 36-10 tredje ledd kreves at minst ett av fire alternative vilkår må være oppfylt for at samtykke i det hele tatt *kan* gis. I tillegg kommer lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering av om samtykke *bør* gis.¹⁰⁴ Det er i forarbeidene fremhevet at ønsket om raskt å få ro rundt barnet er tillagt avgjørende vekt ved innføringen av samtykkeregelen.¹⁰⁵

Avgjørelsesformen ved anketillatelse i barnevernsaker skal være beslutning. Dette fremgår ikke av § 36-10, men følger av den alminnelige regelen i § 19-1 tredje ledd litra b, da det dreier seg om "*å samtykke til (...) anke*". Utgangspunktet er dermed at slike avgjørelser ikke trenger å begrunnes. Likevel har spørsmålet om det følger en plikt til å begrunne beslutningen, og spørsmålet om rekkevidden av Høyesteretts kompetanse, flere ganger vært oppe for Høyesterett. Disse to spørsmålene henger sammen fordi Høyesteretts mulighet til å overprøve beslutningen om ikke å gi samtykke, avhenger av den begrunnelse lagmannsretten har gitt, på samme måte som ved beslutninger etter § 29-13 første og annet ledd. Det er lagt til grunn i rettspraksis at en avgjørelse som tillater anken fremmet etter § 36-10 tredje ledd også kan ankes, se nærmere om dette under 6.3.3 nedenfor.

¹⁰³ Jf. barnevernloven § 7-24.

¹⁰⁴ Som lagt til grunn i Rt. 2008 s. 1317 og Rt. 2010 s. 274.

¹⁰⁵ Innst. O. nr. 110 (2004-2005) s. 10.

Beslutninger etter § 36-10 har likhetstrekk med regelen om anketillatelser etter § 29-13 første ledd. Temaet i det følgende er dermed hvordan Rt. 2009 s. 1118 og den etterfølgende lovendring har fått innvirkning på beslutninger om samtykke til ankebehandling av barnevernsakene, både hva gjelder kravet til begrunnelse og Høyesteretts adgang til overprøving av lagmannsrettens beslutning.

6.2 Kravet til begrunnelse

Av ordlyden i § 36-10 tredje ledd kan det ikke utledes noe krav om at lagmannsrettens beslutning skal begrunnes. Dette er heller ikke berørt verken i Rt. 2009 s. 1118 eller i forarbeidene til endringsloven av 2010.

Spørsmålet var imidlertid oppe for Høyesterett i avdeling i Rt. 2010 s. 274. Lagmannsretten hadde nektet å gi samtykke til behandling av anken over tingrettens dom – som stadfestet fylkesnemndas vedtak etter barnevernloven – idet lagmannsretten ikke fant at noen av vilkårene i § 36-10 tredje ledd var oppfylt. Førstvoterende, dommer Stabel, foretar innledningsvis en gjennomgang av rettstilstanden fram til storkammerkjennelsen i 2009, og kommer til at rettskildene ikke ga grunnlag for å oppstille noe generelt krav til begrunnelse av lagmannsrettens beslutninger om ikke å gi samtykke til anke i barnevernsaker.¹⁰⁶ Problemstillingen for Høyesterett ble derfor om Rt. 2009 s. 1118 måtte føre til et annet resultat. Konkret var spørsmålet hvorvidt det som var utslagsgivende for flertallets konklusjon i storkammerkjennelsen – systembetragtninger og hypotetisk lovgivervilje – også måtte få anvendelse på reglene om anke i § 36-10 tredje ledd, og dermed føre til et krav om å begrunne beslutningen.

¹⁰⁶ Likevel var det antatt at beslutningen i særlige tilfeller burde begrunnes, se bl.a. Rt. 2008 s. 322. Slik var tilfellet også for beslutninger etter § 29-13 første og annet ledd før lovendringen i 2010, se kapittel 2.2 og 5.3.

Samtlige fem dommere besvarer dette negativt. Resultatet bygger for det første på at reglene om anke i barnevernsaker bevisst har vært underlagt en annen ordning enn anke over øvrige sivile saker. Førstvoterende peker på at anke over barnevernsaker har hatt nærmere sammenheng med saksbehandlingsreglene og reformarbeidet i tilknytning til sosialtjenesteloven og barnevernloven, enn tvisteloven.¹⁰⁷ Videre trekkes det frem at ettersom § 36-10 tredje ledd gir anvisning på krav om anketillatelse – ikke ankesiling – vil det være mer nærliggende å se hen til de tilsvarende ordninger i straffeprosessloven § 321 første ledd og tvisteloven § 29-13 første ledd, hvor utgangspunktet fortsatt er at beslutningen ikke behøver å begrunnes.¹⁰⁸

Hva gjelder Norges forhold til menneskerettslige forpliktelser, konkluderte Høyesterett med at heller ikke dette kunne føre til at beslutninger etter § 36-10 tredje ledd i alminnelighet må begrunnes. EMK gir ingen ankerett i sivile saker, og førstvoterende legger til grunn samme synspunkt som mindretallsfraksjonen av flertallet i Rt. 2009 s. 1118 – dommerne Skoghøy og Tjomsland. – nemlig at EMK art.6 nr.1 ikke stiller krav om begrunnelse ved anketillatelser.

Ytterligere et moment som Høyesterett trekker frem i premissene i Rt. 2010 s. 274, er hensynene bak det generelle kravet om at rettslige avgjørelser skal begrunnes. Som det fremgår av Rt. 2009 s. 1118, skal begrunnelser *”sikre en reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvhets og en effektiv rett til overprøving”*.¹⁰⁹ Høyesterett mente imidlertid at disse hensynene ikke gjør seg gjeldende for anketillatelser etter § 36-10 tredje ledd. Hva gjelder hensynet til overprøving, trekkes det frem at dette ikke vil ha selvstendig vekt i barnevernsa-

¹⁰⁷ Regelen i § 36-10 tredje ledd ble først inntatt i den tidligere sosialtjenesteloven § 9-10a, idet man ønsket at regelen skulle tre i kraft straks. Sosialtjenesteloven § 9-10a ble opphevet da tvisteloven trådte i kraft i 2008, og § 36-10 tredje ledd viderefører rettstilstanden.

¹⁰⁸ Dette er lagt til grunn som obiter dictum i Rt. 2008 s. 1764 avsnitt 113 flg., og Rt. 2009 s. 1164 avsnitt 20 flg.

¹⁰⁹ Se avsnitt 51.

ker, fordi Høyesterett uansett har en meget vidtgående kompetanse til å prøve lagmannsrettens saksbehandling. I relasjon til de øvrige hensynene, påpekes det at lagmannsretten i barnevernsaker har karakter av å være en tredjeinstans, og at lovgivers forutsetning var at hensynet til belastningen for barna måtte føre at lagmannsretten i utgangspunktet ikke skal behandle slike saker. Ettersom reglene for fylkesnemndas behandling ligger tett opp til de regler som gjelder for domstolene, vil man dessuten allerede være sikret grundig behandling i to instanser.¹¹⁰ Videre blir det også vektlagt at det begrunnelseskrav som innføres ved storkammerkjennelsen fra 2009 retter seg mot endelige avgjørelser av realiteten i saken. Dette kunne etter Høyesteretts mening ikke sies å gjelde for tvangsvedtak etter kapittel 36, ettersom samme sak kan være gjenstand for ny rettslig prøving og derfor ikke har samme rettskraftsvirkning som øvrige sivile avgjørelser.¹¹¹

Høyesterett har i etterfølgende saker om § 36-10 tredje ledd lagt resultatet i Rt. 2010 s. 274 til grunn.¹¹² Det må i dag derfor anses å være gjeldende rett at lagmannsretten som hovedregel og utgangspunkt ikke behøver å begrunne beslutningen når den er kommet til at vilkårene for å gi samtykke ikke er oppfylt – hvilket har sammenheng med Høyesteretts kompetanse ved prøvingen av vilkårene, se 6.3.2 nedenfor.

Hvor lagmannsretten derimot kommer til at minst ett av vilkårene er oppfylt, men likevel velger å ikke gi samtykke til behandling av anken, stiller saken seg annerledes. Det har i slike tilfeller vært lagt til grunn at beslutningen må begrunnes i den utstrekning hensynet til forsvarlig saksbehandling tilsier det.¹¹³ Denne modifikasjonen har sammenheng med Høyesteretts kompetanse til å overprøve lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering, som det vil fremgå av 6.3.3 nedenfor. Igjen ser man altså at innholdet av begrunnelseskravet ved anke-

¹¹⁰ Se barnevernloven kapittel 7.

¹¹¹ Av § 36-1 tredje ledd følger det at ny rettslig prøving kan foretas dersom saken på nytt er behandlet administrativt.

¹¹² Se som eksempel Rt. 2011 s. 1053, Rt. 2011 s. 1523 og Rt. 2012 s. 855.

¹¹³ Se bl.a. Rt. 2012 s. 1252, Rt. 2012 s. 855, Rt. 2011 s. 1523 og Rt. 2011 s. 1053.

nektelser og anketillatelser virker inn på adgangen til å overprøve beslutningen. Riktignok førte resultatet av Rt. 2010 s. 274 til at det forholdsvis kategorisk ble lagt til grunn at det heller ikke kreves noen begrunnelse for selve skjønnet.¹¹⁴ Grunnen til at denne avgjørelsen gikk noe lenger enn det som i dag gjelder, er trolig at man hadde behov for å markere forskjellen mellom saker etter § 29-13 annet ledd og § 36-10 tredje ledd.

6.3 Overprøving av lagmannsrettens beslutning om samtykke

6.3.1 Hvilken kompetanseregulering gjelder for Høyesterett?

Av ordlyden i § 36-10 tredje ledd kan det ikke utledes noe om Høyesteretts kompetanse til å overprøve lagmannsrettens beslutning, og dette er heller ikke behandlet i forarbeidene til tvisteloven. Anke over beslutninger etter § 29-13 første og annet ledd følger spesialregelen i femte ledd, og er begrenset til *"feil i saksbehandlingen"*. Spørsmålet er dermed hvorvidt anke over beslutninger etter § 36-10 tredje ledd skal følge denne regelen eller den alminnelige regelen for anke over beslutninger i § 29-3 tredje ledd.

Denne problemstillingen var gjenstand for behandling i Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 2008 s. 322 i en sak som gjaldt tilsvarende regel i den dagjeldende sosialtjenestelov § 9-10a. Lagmannsretten hadde besluttet ikke å gi samtykke til å fremme anken, idet den ikke fant at noen av de lovfestede vilkårene for å gi samtykke var oppfylt. For Høyesterett ble det anført at lagmannsretten hadde tatt feil ved anvendelsen av § 9-10a, og at beslutningen var beheftet med saksbehandlingsfeil som følge av mangelfull begrunnelse. For å kunne ta stilling til anførselene måtte ankeutvalget prejudisielt fastlegge sin egen kompetanse ved prøvingen av lagmannsrettens beslutning, nettopp fordi dette ville avgjøre hvor langt utvalget kunne gå i å overprøve den.

¹¹⁴ Se avsnitt 60

På dette punkt var det uenighet mellom dommerne. Flertallet – dommerne Schei og Tønder – mente at Høyesteretts kompetanse ved overprøvingen måtte være den samme som for øvrige anker over lagmannsrettens beslutninger om samtykke og siling, slik det fremgår av § 29-13 femte ledd. Som begrunnelse ble det vist til at forarbeidene til tvisteloven ikke ga uttrykk for at det i barnevernsaker skulle gjelde en annen overprøvingskompetanse enn den alminnelige – noe som etter flertallets mening ville vært nærliggende, ettersom systemet med ankesiling og anketillatelser i straffesaker uttrykkelig var nevnt. Flertallet mente også at reelle hensyn trakk i samme retning, herunder at behandlingen i fylkesnemnda er underlagt prinsipper for domstolsbehandling, og at barnevernsakene dermed i realiteten har vært gjenstand for grundig behandling i to instanser. Det vil da ikke være behov for noen utvidet overprøvingsadgang for Høyesterett. I den konkrete sak konkluderte derfor flertallet med at Høyesterett bare kunne prøve hvorvidt beslutningen var beheftet med saksbehandlingsfeil.

Dommer Tjomsland var derimot av en annen oppfatning. Han mente at kompetansen måtte følge av den alminnelige regelen for anke over beslutninger i § 29-3 tredje ledd, og begrunnet dette med at verken ordlyden eller forarbeidene tilsier at § 29-13 femte ledd kan tolkes utvidende til også å gjelde beslutninger i barnevernsaker. Det var etter hans syn ikke grunnlag for å bygge på noen hypotetisk lovgivervilje om at overprøving i barnevernsaker skulle være begrenset til feil ved saksbehandlingen.

Senere rettspraksis viser entydig at Høyesterett legger til grunn det samme standpunkt som flertallet i Rt. 2008 s. 322 med hensyn til hvilken regel om overprøving som gjelder for beslutninger etter § 36-10 tredje ledd.¹¹⁵ Gjeldende rett er dermed at Høyesteretts kompetanse til å overprøve beslutninger om ikke å gi samtykke til barnevernsaker etter § 36-10 tredje ledd, i utgangspunktet følger særregelen regelen i § 29-13 femte ledd, og dermed er begrenset til å gjelde lagmannsrettens saksbehandling.

¹¹⁵ Se bl.a. Rt. 2008 s. 1317, Rt. 2009 s. 1553, Rt. 2010 s. 274, Rt. 2011 s. 1053, Rt. 2011 s. 1523 og Rt. 2012 s. 855.

Drøftelsen i det følgende knytter seg til selve overprøvingen av beslutninger etter § 36-10 tredje ledd. Fordi vurderingen av om det skal gis samtykke for barnevernsaker består av to vurderinger – hvorvidt samtykke *kan* gis og deretter om det *bør* gis – vil det være hensiktsmessig å sonde mellom lagmannsrettens vurdering av sin egen kompetanse og skjønnsutøvelsen.

6.3.2 Overprøving av lagmannsrettens kompetanse til å gi samtykke

Praksis fra ankeutvalget i tiden etter Rt. 2008 s. 322 viser at Høyesterett ved overprøvingen er opptatt av om lagmannsretten har forstått sin kompetanse – altså om retten har tolket vilkårene i § 36-10 tredje ledd riktig når den har kommet til at disse *ikke* er oppfylt – etter som dette er avgjørende for om samtykke til anke i det hele tatt kan gis. En slik prøving hører under saksbehandlingen, hvor Høyesterett har full kompetanse. Dette følger blant annet av Rt. 2011 s.1523, hvor ankeutvalgets flertall – dommerne Matningsdal og Skoghøy – viser til omfattende rettspraksis og

”finner det ikke tvilsomt at kompetansen til å prøve lagmannsrettens saksbehandling også omfatter hvorvidt de lovbestemte vilkår for ankebehandling er oppfylt, og at ankeutvalget ved denne prøvingen har full kompetanse.”

Full kompetanse til å prøve saksbehandlingen omfatter både lovtolkingen, bevisbedømmelsen og den konkrete rettsanvendelsen i tilknytning til vilkårene i § 36-10 tredje ledd.¹¹⁶

Mindretallet, dommer Endresen, finner også at Høyesterett har kompetanse til å prøve om lagmannsretten uriktig har lagt til grunn at vilkårene i § 36-10 tredje ledd ikke er oppfylt, men mener at Høyesterett likevel bør vise *”betydelig tilbakeholdenhet”* ved overprøvingen fordi

¹¹⁶ Slik det fremgår av Rt. 2009 s. 1118 avsnitt 61. Se Rt. 2008 s. 1317 og Rt. 2009 s. 1553.

*”det ofte vil være vanskelig å skille mellom lovanvendelsesspørsmålet og hensiktsmessighetsvurderingen”.*¹¹⁷

Mindretallet finner det altså avgjørende at grensen mellom det å prøve lagmannsrettens rettsanvendelse – som omfattes av uttrykket feil ved saksbehandlingen – og hensiktsmessigheten av lagmannsrettens beslutning – som ikke omfattes – vil være vanskelig å trekke, og at Høyesterett av denne grunn bør vise tilbakeholdenhet ved prøvingen av rettsanvendelsen. Det er ikke nødvendigvis noen motstrid mellom de to synspunktene; at Høyesterett etter loven har full kompetanse, betyr ikke at den alltid behøver å benyttes fullt ut. Mindretallets argumentasjon kunne dermed ha gjort seg som en de lege ferenda-betraktning. Det bemerkelsesverdige er at begge de to fraksjonene mener at deres synspunkt faktisk følger av rettspraksis. Dissensen synes imidlertid ikke å ha blitt fulgt opp i senere avgjørelser fra ankeutvalget, og et ellers omfattende rettskildemateriale tyder på at den heller ikke har noe særlig for seg.¹¹⁸ Den hensiktsmessighet som mindretallet sikter til, vil nok heller høre til lagmannsrettens vurdering av om samtykke bør gis – som er et annet tema, jf. 6.3.3 nedenfor.

Det må etter dette legges til grunn som gjeldende rett at Høyesteretts kompetanse er begrenset til feil ved lagmannsrettens saksbehandling, jf. § 29-13 femte ledd. Dette omfatter overprøving av lagmannsrettens vurdering av vilkårene i § 36-10 tredje ledd, og Høyesterett har her full kompetanse. Lagmannsretten behøver dermed som utgangspunkt ikke å begrunne denne delen av vurderingen, slik det fremgår av flertallets votum i Rt. 2011 s. 1523 avsnitt 27.

I de tilfeller hvor lagmannsretten har kommet til at de lovbestemte vilkårene for å gi samtykke *er oppfylt*, er det derimot i rettspraksis antatt at Høyesterett bør utvise atskillig tilba-

¹¹⁷ Se avsnitt 45.

¹¹⁸ Se flertallets henvisninger i kjennelsen avsnitt 25. Av nyere praksis, se bl.a. Rt. 2012 s. 855 og Rt. 2012 s. 1252.

keholdenhet ved prøvingen, og at lagmannsrettens vurdering av sin kompetanse skal legges til grunn, med mindre den er beheftet med åpenbare feil.¹¹⁹ Dette fordi behovet for overprøving da ikke vil gjøre seg gjeldende med samme styrke, jf. også straks nedenfor.

6.3.3 Overprøving av lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering

Lagmannsretten foretar den skjønnsmessige vurderingen av om samtykke til ankebehandling bør gis dersom den finner at ett eller flere av vilkårene i § 36-10 tredje ledd er oppfylt. I denne forbindelse oppstår spørsmålet i hvilken utstrekning Høyesterett har kompetanse til å overprøve lagmannsrettens skjønnsutøvelse.

Som nevnt hører det til saksbehandlingen å prøve hvorvidt denne samlet sett har vært forsvarlig. I de tilfeller hvor tillatelse til ankebehandling *ikke* gis, må det vurderes om det var forsvarlig å nekte samtykke hvor det forelå kompetanse til dette.¹²⁰ I tråd med Rt. 2009 s. 1118, vil dette bero på om rettsspørsmålene og bevisbildet for lagmannsretten gjorde det forsvarlig å ikke tillate anken fremmet – med den konsekvens at tingrettens dom blir stående.¹²¹ Forsvarlighetsvurderingen har også her en side både mot jussen og mot faktum, på samme måte som beslutninger etter § 29-13 første og annet ledd. Utover en slik forsvarlighetskontroll kan Høyesterett ikke prøve den konkrete skjønnsutøvelsen.¹²²

Høyesteretts prøving er avhengig av at lagmannsretten har begrunnet beslutningen, ettersom forsvarlighetskontrollen vil bero på lagmannsrettens vurdering av anken. Derfor gjelder det her et skjerpet begrunnelseskrav hvor hensynet til forsvarlig saksbehandling tilsier det, jf. 6.2 ovenfor.

¹¹⁹ Jf. bl.a. HR-2011-2174-U og HR-2012-1929-U.

¹²⁰ Se Rt. 2009 s. 1553 avsnitt 9.

¹²¹ Se Rt. 2009 s. 334, jf. Skoghøy (2010) s. 116.

¹²² Slik som Skoghøy l.c.

Det fremgår ikke av lovteksten hva som er kriteriene for vurderingen av om samtykke *bør* gis. De fire lovfestede vilkårene som inngår i vurderingen for om samtykke i det hele tatt *kan* gis får ikke direkte betydning her – disse hører til en annen vurdering hvor poenget er nettopp det motsatte; dersom ingen av vilkårene foreligger, kan samtykke ikke gis.¹²³ Likevel kan vilkårene gi en viss veiledning. Dersom dommen i tingretten eksempelvis går ut på tvang som ikke er vedtatt av fylkesnemnda, jf. l§ 36-10 tredje ledd litra d, vil det nok ved vurderingen av om samtykke *bør* gis, ha betydning hvor omfattende ny tvangsbruk det er tale om – særlig tatt i betraktning de mothensyn som gjør seg gjeldende i barnevernsaker; at saken allerede har vært behandlet i to instanser og ønsket om å få ro rundt barnet. Slik ser man at omfanget av den nye tvang som er fastsatt av tingretten da får betydning for hvilken vekt mothensynene tillegges, som igjen virker inn på vurderingen av om samtykke til behandling i lagmannsretten *bør* gis.¹²⁴

Det vil ved den skjønnsmessige vurderingen også ha betydning hvorvidt det foreligger muligheter til endret avgjørelse; samtykkeregulens formål og funksjon tilsier at det normalt *bør* være en minimumsforutsetning for samtykke at det er reelle utsikter til et annet resultat på et punkt av virkelig betydning.¹²⁵ Dette vil i alle fall måtte kreves hvor saken ikke er prinsipiell.¹²⁶ Reiser saken derimot et prinsipielt spørsmål tilsier dette at samtykke burde gis, ettersom beslutningen om ikke å gi tillatelse vil kunne støte an mot Høyesteretts hovedoppgaver. Likevel er nok ikke dette mer enn et utgangspunkt. Hensynet til å få avsluttet saken veier meget tungt i barnevernsakene, og det må derfor antas at også Høyesterett i en eventuell ankeomgang vil være varsomme med å tillate anker selv hvor det foreligger prinsipielle spørsmål. Lagmannsretten må vurdere om det – sett i lys av hensynet til barnet og familien – foreligger et behov for ytterligere behandling av saken. Ettersom lagmanns-

¹²³ Se Schei (2007) s. 1670.

¹²⁴ Se Innst. O. nr. 110 s. 10, hvor mindre gradsforskjeller trekkes fram som et hensyn mot ny prøving.

¹²⁵ Se Schei l.c.

¹²⁶ Se Innst. O. nr. 110 s. 10.

retten i barnevernsaker fungerer som en slags tredjeinstans, vil nok behovet for overprøving begrenses til en kvalitetssikring av fylkesnemndas vedtak og tingrettens dom.

I forlengelsen av dette bemerkes at lagmannsretten også har kompetanse til å begrense samtykket til enkelte spørsmål i saken.¹²⁷ Ofte er det likevel lite praktisk å skulle skille ut eventuelle prinsipielle spørsmål – barnevernsaker er preget av skjønnsmessige vurderinger, og vedtaket fremstår gjerne som en ”samlet pakke”.

Avgjørelsen i Rt. 2012 s. 1252 tjener som eksempel på Høyesteretts kompetanse til å prøve lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering. Lagmannsretten hadde funnet at vilkåret i § 36-10 litra d var oppfylt, men på bakgrunn av en skjønnsmessig vurdering ble det ikke gitt samtykke til ankebehandling. Av begrunnelsen fremgikk det bare at retten *”etter en helhetsvurdering er kommet til at det ikke bør gis samtykke til at anken fremmes helt eller delvis”*. Høyesterett fant at begrunnelsen var noe knapp, men opphevet ikke beslutningen. Etter omstendighetene i saken måtte begrunnelsen forstås som en henvisning til tingrettens dom – som var grundig og bygget på anbefaling fra sakkyndig – og Høyesterett fant det *”klart at lagmannsretten har vurdert det slik at det ikke var noen mulighet for at tingrettens dom skulle bli endret etter en ankeforhandling”*.¹²⁸ Man ser altså at når Høyesterett kom til at begrunnelsen måtte stå seg, og denne ikke ga grunnlag for å konstatere at skjønnsvurderingen var uforsvarlig, så var det heller ikke grunnlag for å oppheve beslutningen. Med hensyn til begrunnelsen ligger nok avgjørelsen i ytterkanten av hva som kan aksepteres, ettersom ”standardbegrunnelser” normalt ikke er tilstrekkelige, jf. 3.3 ovenfor.¹²⁹

Også Rt. 2009 s. 411 kan trekkes frem. Lagmannsretten besluttet å ikke gi samtykke til anken på bakgrunn av at vilkårene i § 36-10 tredje ledd ikke var oppfylt, men hadde likevel

¹²⁷ Se bl.a. Rt. 2007 s. 1136.

¹²⁸ Se avsnitt 6.

¹²⁹ Se Rt. 2012 s. 855, her var det også *”etter omstendighetene”* tilstrekkelig å vise til tingrettens dom.

også – under forutsetning av at vilkårene var oppfylt – drøftet om samtykke burde gis. Retten uttalte at den *”ut fra en vurdering av at anken ikke har utsikt til å føre frem, gitt uttrykk for at samtykke derfor under enhver omstendighet ikke bør gis.”*¹³⁰ Høyesterett sluttet seg til denne vurderingen – det var ikke noe som tilsa at det var uforsvarlig å ikke gi samtykke til ankebehandling, og deres kompetanse omfattet ikke prøvingen av om samtykke burde vært gitt.¹³¹

Det er antatt at lagmannsrettens beslutning etter § 36-10 om å *tillate* anken også kan ankes. I Rt. 2008 s. 1456 kommer Høyesterett til at ankegrunnen også her er begrenset til feil i saksbehandlingen. Det kan imidlertid ikke utledes noe om selve prøvingen; anken ble avvist på dette punkt, da det kun var anket over rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. Om Høyesteretts kompetanse uttaler ankeutvalget i HR-2011-2174-U at det *”finner (...) grunn til å vise adskillig tilbakeholdenhet overprøvingen av slike beslutninger”*. Denne saken omhandlet imidlertid bare lagmannsrettens vurdering av om vilkårene for å kunne gi samtykke var oppfylt, og knytter seg ikke til selve skjønnsvurderingen. Men ettersom vurderingen av om samtykke *bør* gis kun inntreffer når retten har kommet til at lovens vilkår er oppfylt, ligger det i dagen at Høyesterett uansett vil vise tilbakeholdenhet med å prøve denne – særlig hensett til at kompetansen da er begrenset til om det var forsvarlig å gi samtykke.

Hensynet bak dette, slik det fremgår av HR-2011-2174-U, er at det *”ikke det samme behov for å få overprøvd avgjørelser om å tillate ankebehandling”*. Trolig har dette sammenheng med at lagmannsrettens beslutning om å gi samtykke, ikke utfordrer Høyesteretts rolle som prejudikatsdomstol. Men fordi det i barnevernsaker er et tungtveiende hensyn som taler

¹³⁰ Se avsnitt 23.

¹³¹ Beslutningen ble dermed ikke opphevet, selv om Høyesterett kom til at retten hadde tatt feil av sin kompetanse.

mot at samtykke gis – hensynet til rask avklaring og ro rundt barnet – så har man valgt å åpne for at Høyesterett i enkelte tilfeller kan prøve om det var forsvarlig å gi samtykke.

6.4 Utsyn

Det følger av det som nå er sagt at anke i barnevernsaker etter gjeldende rett er nærmere likestilt med saker etter § 29-13 første ledd enn annet ledd både hva gjelder begrunnelse og adgangen til overprøving. En betenkelighet som gjør seg gjeldende er at saker om barnevern etter § 36-10 tredje ledd skiller seg fra saker etter småkravsprosessen, ettersom førstnevnte dreier seg om inngripende tvangsvedtak. Det kan derfor argumenteres for et større behov for å overprøve vurderingen av om samtykke skal gis – hvilket igjen tilsier at begrunnelseskravet burde skjerpes. Tankegangen bak det noe lempeligere kravet til begrunnelse for beslutninger etter § 29-13 første ledd, er at disse sakene normalt ikke er ”viktige” nok til å veie opp for de ressurser ankebehandlingen krever, og at det derfor ikke er like stort behov for overprøving. Tilsvarende er også tilfellet for de mindre alvorlige straffesakene etter straffeprosessloven § 321 første ledd.

På den annen side er det nå etablert redskaper for å kontrollere barnevernsakene ved at Høyesterett har full kompetanse til å prøve de lovfestede vilkårene og forsvarligheten av beslutningen. I dette ligger nok muligheten for at det vil utvikles et skjerpet begrunnelseskrav, og at lagmannsretten stadig oftere vil se behovet for å begrunne sine beslutninger – både av hensyn til partene og tilliten til rettsapparatet. Det kan derfor tenkes at en rimelig balanse mellom hensynene til ro rundt barnet og Høyesteretts overprøvingskompetanse likevel er oppnådd i tilstrekkelig grad.

Kilder

Norske lover

2010	Lov om endringer i straffeprosessloven mv. (endringslov til straffeprosessen mv.) 10. desember 2010 nr. 76
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17. juni 2005 nr. 90
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30
1993	Lov om endringer i straffeprosessloven mv. (to-instansbehandling, anke og juryordning) 11. juni 1993 nr. 80
1992	Lov om barneverntjenester (barnevernloven) 17. juli 1992 nr. 100
1991	Lov om sosiale tjenester mv. (sosialtjenesteloven) 13. desember 1991 nr. 81 OPPHEVET
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker

(straffeprosessloven)

22. mai 1981 nr. 25

1915

Lov om rettergangsmåten for tvistemål

(tvistemålsloven)

13. august 1915 nr. 6

OPPHEVET

1915

Lov om domstolene

(domstolloven)

13. august 1915 nr. 5

Konvensjoner

1966

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter med protokoller (SP)

16. desember 1966

1950

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)

4. november 1950

Forarbeider

Norges Offentlige Utredninger

NOU 1992: 28 To-instansbehandling, anke og juryordning i straffesaker

NOU 2001: 32 Rett på sak
Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Proposisjoner

Prop. 141 L (2009-2010) Endringer i straffeprosessloven mv.

Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) Om lov om endringer i tvisteloven
(endringer i straffeprosessloven og andre lover)

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister
(tvisteloven)

Ot.prp. nr. 78 (1992-1993) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv.
(to-instansbehandling, anke og juryordning)

Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker
(straffesakloven)

Innstillinger til Odelstinget

Innst. O. nr. 110 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og
rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Høringsnotater og –uttalelser

Justis- og Politidepartementet
Mai 2009

Forslag om endringer i reglene om begrunnelse av
beslutninger om å nekte anker fremmet

Rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser

HR-2012-2081-U

HR-2012-1929-U

Rt. 2012 s. 1433

Rt. 2012 s. 1252

Rt. 2012 s. 1246

Rt. 2012 s. 855

Rt. 2012 s. 786

HR-2011-2174-U

Rt. 2011 s. 1523

Rt. 2011 s. 1469

Rt. 2011 s. 1291

Rt. 2011 s. 1112

Rt. 2011 s. 1053

HR-2011-946-U

Rt. 2011 s. 668

HR-2010-1187-U

Rt. 2010 s. 987

Rt. 2010 s. 274

Rt. 2009 s. 1553

Rt. 2009 s. 1354

Rt. 2009 s. 1350

Rt. 2009 s. 1317
Rt. 2009 s. 1311
Rt. 2009 s. 1233
Rt. 2009 s. 1164
Rt. 2009 s. 1118
Rt. 2009 s. 1002
Rt. 2009 s. 956
Rt. 2009 s. 946
Rt. 2009 s. 833
Rt. 2009 s. 750
Rt. 2009 s. 703
Rt. 2009 s. 508
Rt. 2009 s. 411
Rt. 2009 s. 334
Rt. 2009 s. 185
Rt. 2009 s. 90
Rt. 2009 s. 84
Rt. 2008 s. 1786
Rt. 2008 s. 1783
Rt. 2008 s. 1764
Rt. 2008 s. 1456
Rt. 2008 s. 1317
Rt. 2008 s. 1281
Rt. 2008 s. 1130
Rt. 2008 s. 322
Rt. 2007 s. 1136
Rt. 2006 s. 1638

Uttalelser fra FNs Menneskerettighetskomité

Mr. ”Restauratør NN” v. Norway The Human Rights Committee, 17. juli 2008
Communication No. 1542/2007

Juridisk litteratur

Andenæs, Mads
og Andreas Motzfeldt Kravik

Norske verdier og EMK
Lov og Rett 4/2010 s. 579-599
(Sisert fra Idunn.no)

Bårdsen, Arnfinn
og Dag Bugge Nordén

På talefot med tvisteloven
Jussens Venner 1/2008 s. 1-90
(Sisert fra Idunn.no)

Backer, Inge Lorange

Begrunnelse for avsiling av en sivil ankesak
Lov og Rett 8/2009 s. 449-450

Eckhoff, Torstein
(ved Jan E. Helgesen)

Rettskildelære
Oslo, Universitetsforlaget 2001

Nordby, Andreas,
Ole Andenæs og
Borgar Høgetveit Berg

Tvisteloven – ti på topp og ti på bunn
Lov og Rett 1/2012 s. 3-22
(Sisert fra Idunn.no)

Robberstad, Anne

Sivilprosess
Oslo, Fagbokforlaget 2009

- Schei, Tore m.fl. *Tvisteloven Kommentarutgave*
Oslo, Universitetsforlaget 2007
- Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*
Oslo, Universitetsforlaget 2010
- Skoghøy, Jens Edvin A. *Nytt i ny tvistelov*
Oslo, Universitetsforlaget 2008
- Staalesen, Ulf-Einar *Tvisteloven § 29-13 annet ledd*
Lov og Rett 6/2012 s. 370-378
(Sitert fra Idunn.no)